

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



**RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA POR VIOLAÇÃO DO CONSENTIMENTO  
INFORMADO**

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Especialidade em Direito Civil

Patrícia Vanessa Cruz Lourenço

Orientação de,

Professor Doutor Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde

Lisboa

2020

À minha Família e Amigos,  
com quem posso sempre contar.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais e irmã, pelo carinho e dedicação, pelo sacrifício e, sobretudo, pelo apoio incondicional. Pela confiança depositada em mim, por acreditarem que era possível mais do que muitas vezes eu própria acreditei.

À minha avó e ao meu avô que, apesar de ter já partido, muito ansiava por esta conquista. Contigo a partilho meu avô.

Aos meus tios e primos que estiverem sempre presentes.

A ti, Juka, pelo amor, amizade e pela motivação.

À Faculdade de Direito de Lisboa e aos seus Ilustres Professores que me acompanharam neste percurso académico e me incutirem os mais importantes valores, desde o rigor, à firmeza, à imparcialidade e à confiança.

Ao Professor Doutor Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde, por ter aceite o convite e orientar esta dissertação de Mestrado, por todos os conselhos e, sobretudo, pela disponibilidade.

Ao Juiz Conselheiro Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, pela disponibilidade, pelos conselhos e força!

## ÍNDICE

<b>PARTE I</b>	<b>13</b>
1. Da origem do consentimento informado	13
2. O consentimento informado no ordenamento jurídico português	22
2.1 A Constituição da República Portuguesa	22
2.2 Código Civil	23
2.3 Código Penal	23
2.4 Código Deontológico da Ordem dos Médicos	27
3. Consentimento informado e respetivos requisitos de validade	28
3.1 Capacidade	30
3.1.1 Procuração de cuidados de saúde	40
3.2 Dever de informação	43
3.3 Liberdade e voluntariedade	55
3.4 Atualidade	56
4. Tempo do consentimento e da informação	56
5. Revogabilidade do consentimento	58
6. Forma do consentimento	59
7. Exceções à necessidade de obtenção do consentimento informado	61
7.1 Urgências	61
7.2 Autorizações legais	65
8. Das exceções do dever informar	69
8.1 Direito a não saber	70
8.2 Privilégio terapêutico	71
<b>PARTE II</b>	<b>74</b>
9. Natureza relação médico-paciente	74
10. Do ónus da prova	87

<b>11.</b>	<b>Considerações em torno do conceito de responsabilidade civil</b>	<b>92</b>
<b>11.1</b>	<b>Pressupostos da responsabilidade civil dos médicos</b>	<b>94</b>
<b>11.1.1.</b>	<b>Facto</b>	<b>96</b>
<b>11.1.2.</b>	<b>Illicitude</b>	<b>97</b>
<b>11.1.2.1</b>	<b>Consentimento do lesado</b>	<b>99</b>
<b>11.1.3.</b>	<b>Culpa</b>	<b>100</b>
<b>11.1.4.</b>	<b>Dano</b>	<b>103</b>
<b>11.1.5.</b>	<b>Nexo de causalidade</b>	<b>109</b>
<b>12.</b>	<b>Obrigação de indemnizar</b>	<b>114</b>

## **RESUMO**

No nosso ordenamento jurídico são cada vez mais frequentes as ações judiciais de responsabilidade médica, sendo que os seus principais fundamentos estão relacionados com a violação do direito ao consentimento informado, que se reconheceu ao paciente, e com a violação do dever de informação e do dever de esclarecimento, que se impôs ao médico.

O consentimento informado tende a ser entendido como um requisito de toda e qualquer atividade médica, que visa garantir o respeito por um conjunto de bens jurídicos protegidos aos mais diversos níveis, refiro-me a bens jurídicos como a autodeterminação, a liberdade, a integridade psíquica e física.

Pelo que, é o consentimento informado entendido como um instrumento através do qual o paciente depois de ter sido informado acerca do seu quadro clínico e do tratamento ou intervenção médica necessária, dos seus possíveis riscos, possíveis benefícios e possíveis efeitos secundários, aceita ou não se submeter a determinado tratamento ou intervenção médica.

Portanto, dúvidas não restam de que associado ao consentimento se encontra a questão da informação, não fosse a sua designação “consentimento informado”, encontra-se, assim, o médico vinculado a uma avaliação do nível de compreensão do paciente, isto é, o médico tem de aferir se o paciente compreendeu totalmente a informação que lhe foi transmitida.

Ainda associado ao consentimento informado, encontram-se outros pontos prévios a analisar aqui, referimo-nos a outros requisitos de validade do consentimento informado, nomeadamente, à capacidade para consentir, à questão da atualidade do consentimento e às situações de exceção relativamente à necessidade de obtenção do consentimento informado, nomeadamente situações de privilégio terapêutico e de emergência médica e casos de prévia autorização legal.

Assim, constituindo fundamentos da ação judicial de responsabilidade civil médica a violação do dever de obtenção do consentimento do paciente e a violação do

dever de informação e de esclarecimento, propomo-nos a analisar de forma esmiuçada a responsabilidade médica nas situações de violação do consentimento informado.

**Palavras-chave:** responsabilidade médica, consentimento informado, dever de informação, dever de esclarecimento e violação do consentimento informado.

## **ABSTRACT**

In our legal system, legal claims regarding medical liability are increasingly common. The main legal basis of these medical responsibility lawsuits is related to violation of informed consent right that was recognized to the patient as well as the violation of the duty to inform and to clarify which is imposed on the physician.

Informed consent is usually understood as a requirement for every medical activity and it aims to ensure the respect for a set of legal rights which are protected in very different levels, such as self-determination, freedom and mental and physical integrity.

Therefore, informed consent is regarded as an instrument through which the patient, after being informed about his clinical condition, the necessary medical treatment or intervention and its possible risks, its possible benefits and its possible side effects, accepts or not a specific medical treatment or medical intervention.

As a result, and considering the designation of informed consent itself, there is no doubt that connected to the consent is the information issue which binds the physician to an assessment of the understanding level of the patient. In other words, the physician must gauge whether or not the patient has completely understood the information given.

Tied to the concept of informed consent there are other topics that must be taken into consideration such as other validity requirements of the informed consent, which include, the ability to consent, the current issue and situations of exception to the need of obtain the informed consent, namely, therapeutic privilege and emergency situations and legal authorizations cases.

Thus, and considering that the violation of the duty to obtain consent from the patient and the violation of the duty to inform and to clarify constitute legal grounds for medical responsibility actions, we propose to analyze medical responsibility in situations of informed consent violations.



**Keywords:** medical liability, informed consent, duty to inform, duty to clarify, violation of informed consent.

## **ABREVIATURAS**

<b>Ac.</b>	Acórdão
<b>Art.º</b>	Artigo
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CDFUE</b>	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
<b>CDOM</b>	Código Deontológico da Ordem dos Médicos
<b>CEDHBio</b>	Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina
<b>CEDH</b>	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
<b>Cf.</b>	Confira
<b>CNEV</b>	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
<b>CP</b>	Código Penal
<b>CPC</b>	Código de Processo Civil
<b>CRP</b>	Constituição da República Portuguesa
<b>DAV</b>	Diretivas Antecipadas da Vontade
<b>DGS</b>	Direção Geral da Saúde
<b>Ex.</b>	Exemplo
<b><i>Ibidem.</i></b>	Mesmo autor, mesma obra e mesma página
<b><i>Idem.</i></b>	Mesmo autor, mesma obra
<b>I.e.,</b>	Isto é
<b>OMS</b>	Organização Mundial da Saúde
<b><i>Ob. Cit.</i></b>	Obra citada
<b>PIDCP</b>	Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos

<b>ss.</b>	Seguintes
<b>STA</b>	Supremo Tribunal Administrativo
<b>STJ</b>	Supremo Tribunal de Justiça
<b>TRC</b>	Tribunal da Relação de Coimbra
<b>TRG</b>	Tribunal da Relação de Guimarães
<b>TRP</b>	Tribunal da Relação do Porto
<b>VIH</b>	Vírus da Imunodeficiência Humana

## INTRODUÇÃO

O tema da presente dissertação fundamenta-se na análise de diferentes aspetos que integram a designada “*Teoria do Consentimento Informado*”.

Iniciamos a presente dissertação com um breve enquadramento histórico que nos permitirá compreender a necessidade de o consentimento informado ter sido consagrado em diferentes ordenamentos jurídicos como um direito do paciente e, simultaneamente, como um dever do médico no que concerne à sua obtenção prévia à realização de uma qualquer intervenção médica ou tratamento.

Podemos, desde já, adiantar que os acontecimentos que contribuíram para essa consagração foram as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, designadamente, as experimentações clínicas em seres humanos, sem os mesmos se encontrarem devidamente informados e esclarecidos, sem nisso terem consentido.

Foi este tipo de atrocidades (experimentações não consentidas e esclarecidas) e a consequente necessidade de as erradicar que impulsionou a consagração, por um lado, do consentimento informado como um direito que assiste ao paciente e, concomitantemente, como uma obrigação de obtenção prévia por parte do médico.

Assim, facilmente se compreende que o consentimento informado pode ser visto como um mecanismo que visa tutelar a autodeterminação e a liberdade de decisão do paciente.

Dada a relevância do consentimento do paciente e os efeitos que a sua obtenção implica, surgiu também a necessidade de definir um conjunto de requisitos, a fim de aferir da validade do mesmo, entre os quais: o esclarecimento, o qual deve ser prestado pelo médico ou agente profissional de saúde habilitado; e a ponderação da informação pelo paciente que terá o direito de aceitar ou recusar a intervenção que lhe havia sido proposta – constituindo o dever de informar e de esclarecer uma das questões jurídicas mais relevantes nesta matéria.

Contudo, a questão não é assim tão simples, pois não basta o cumprimento por parte do médico do dever de informar e por parte do paciente da prestação do

consentimento, pois o mesmo poderá, ainda assim, não ser válido e com isso poderá o médico ser responsabilizado.

Por exemplo, nos casos em que o médico não prestou a informação necessária e suficiente ao paciente, designadamente acerca dos riscos da intervenção ou tratamento, poderá o mesmo ser demandado judicialmente? E nos casos em que o médico cumpriu o seu dever de informar e esclarecer o paciente ou o doente, sobre os riscos do tratamento, pode o mesmo ser demandado por violação do consentimento informado?

Associado a este problema jurídico encontram-se, obviamente, outras questões conexas: quais os riscos relevantes e que devem ser transmitidos ao paciente? O paciente terá ficado suficientemente esclarecido e compreendido toda a informação que lhe foi prestada? E, se não, quais os bens jurídicos violados? E quais as consequências?

As questões não se cingem àquelas. Surge uma outra questão fulcral que é a de saber se existe sempre uma responsabilização médica por violação do consentimento informado. A resposta a esta questão impõe um estudo das situações que constituem exceções à necessidade de obtenção do consentimento informado, nomeadamente, as emergências médicas em que o doente está inconsciente ou os casos em que o paciente está inconsciente e a intervenção é inadiável – justificar-se-á neste caso uma demanda judicial do médico?

Independentemente das soluções para as questões acima mencionadas, é também importante ter presente que demandar judicialmente o médico pressupõe o estudo prévio da natureza da relação que se estabelece entre o médico e o paciente. Isto porque, a essência da relação médico-paciente determinará a natureza da responsabilidade civil em questão.

Assim, tomada posição quanto à querela doutrinária da natureza da relação que se estabelece entre o médico e o paciente e porque a presente dissertação assenta na questão da responsabilidade civil médica, importa aludir os demais pressupostos de responsabilidade civil, bem como assinalar os demais problemas jurídicos que essa responsabilização médica poderá suscitar.

## PARTE I

### **1. Da origem do consentimento informado**

O Consentimento Informado não é uma realidade recente, mas sim uma realidade que se encontra numa “evolução progressiva” há já cem anos, tendo então sido diversos os acontecimentos que motivaram a criação da figura do consentimento informado, bem como a sua regulamentação em diversos instrumentos.

Esta figura surge, num primeiro momento, com a decisão inglesa Slater versus Baker & Stapleton em 1767, onde o Tribunal responsabilizou dois médicos por estes terem partido um osso do paciente que já se encontrava parcialmente recuperado de uma fratura, sem terem obtido daquele o prévio consentimento. Para o Tribunal esta conduta que se traduziu num desapeço pelo consentimento do paciente – porquanto o havia prestado para uma mera remoção de ligaduras – é uma conduta contrária ao costume profissional e, por isso, fundamentadora de uma responsabilização médica.

Posteriormente, já após a Declaração de Filadélfia datada de 1774, surgiu em 1914, no Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América, uma segunda decisão relevante na qual o Juiz Benjamim Cardoso, considerou que *“a intervenção levada a cabo sem o consentimento do respetivo paciente, constitui um ato ilícito, e consequentemente constitui fundamento bastante para uma reclamação de danos”*.<sup>1</sup>

Naquele caso, uma determinada paciente dirigiu-se a um hospital por padecer de fortes dores abdominais tendo o médico em questão realizado diversas tentativas de diagnóstico. Sucedeu que, pelos métodos menos invasivos, não foi possível determinar a causa das dores da paciente tendo então o médico proposto à paciente a realização de um exame mais invasivo, uma laparotomia exploratória (*consiste num corte na zona do abdómen com a finalidade observação de determinado órgão*)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Acórdão Schlornforff vs. Society of New York Hospitals, 1914, Juiz: Benjamim Cardoso

<sup>2</sup>Dicionário Priberam, disponível na internet: <https://dicionario.priberam.org/laparotomia>

A paciente consentiu na realização daquele exame desde que o mesmo fosse realizado com mera finalidade de diagnóstico, pelo que o consentimento prestado pela mesma não seria válido para uma finalidade terapêutica – para esta seria necessária a obtenção de um novo consentimento informado.

No entanto, ao realizar a laparotomia, o médico responsável verificou que a paciente sofria de um tumor removível e decidiu por si só (*i.e.*, sem informar a paciente do diagnóstico e dos meios de tratamento possíveis), remover o tumor naquele momento – pelo que se assiste a uma violação da vontade da paciente que havia sido previamente manifestada. O caso chegou aos Tribunais e o Juiz determinou que a vontade da paciente foi efetivamente violada pelo médico, o que nos leva a concluir que o Juiz proclamou que a paciente tinha um direito de autodeterminação e que mesmo foi violado na sua sentença.<sup>3</sup>

Foi então a partir desta decisão que se começou a considerar ilícita a intervenção médica realizada sem o prévio consentimento informado do paciente que se vai submeter à intervenção ou tratamento médico, isto porque essa intervenção viola o direito de autodeterminação daquele paciente.

Mas, a verdade é que não foram apenas estas decisões que fundamentaram a consagração da figura do consentimento informado, também as atrocidades cometidas aquando da Segunda Guerra Mundial contribuíram para tal consagração.

As atrocidades a que nos referimos, prendem-se, sobretudo, com as investigações e experimentações realizadas num grande número de prisioneiros detidos nos campos de concentração que serviram, involuntariamente, de cobaias em experimentações que resultaram em morte ou incapacidades significativas.

A título exemplificativo, foram efetuadas investigações para estudar o tratamento da hipotermia tendo-se coagido os presos a ficarem várias horas em tanques de águas geladas ou nus em campos abertos com temperaturas negativas para avaliar a capacidade de reaquecimento dos presos. Estas experimentações, diga-se sem qualquer benefício, para os participantes, foram feitas em seres humanos sem o seu prévio

---

<sup>3</sup>Cfr. Ac. Schlornforff vs. Society of New York Hospitals... supra indicado na nota <sup>1</sup>

consentimento e sem a prestação da informação devida, o que permite a sua qualificação como verdadeiros atentados à dignidade da pessoa humana e até à vida humana.<sup>4</sup>

Mas, estas investigações não ficaram por aqui tendo ainda sido estudada a interrupção voluntária de gravidez, a sífilis, entre outras experimentações que ocorreram já fora da Segunda Guerra Mundial, obviamente.

Por exemplo, no estudo da interrupção voluntária da gravidez, os médicos submetiam as pacientes a elevados níveis de radiação e procediam à injeção de substâncias tóxicas por via intravaginal com o intuito de testar a eficácia deste método enquanto método abortivo.

Veja-se também o conhecido estudo da sífilis, que consistia em acompanhar a evolução natural daquela doença. Assim, o estudo consistia em não submeter cerca de 300 (trezentos) doentes a qualquer tratamento pois só assim se acompanhava a sua evolução natural. Ou seja, aos doentes de sífilis não era administrado, intencionalmente, qualquer medicamento e não eram aqueles submetidos a qualquer intervenção porque essa administração ou intervenção não permitia o acompanhamento da evolução natural e progressiva da doença, sendo que os demais pacientes não foram sequer questionados do interesse na participação naquele estudo clínico.<sup>5</sup>

Foi o relato destes casos e a necessidade de os erradicar que levou à regulação das experiências médicas. Surgiu a necessidade de tipificar as intervenções médicas permitidas e de tipificar também as intervenções médicas proibidas.

Perante isto, podemos afirmar que o fundamento da consagração do consentimento informado, como um direito que assiste ao paciente e com um dever que se impõe ao médico, foi a instrumentalização do ser humano que em tempos se assistiu. Destarte, o fundamento da consagração do consentimento informado prende-

---

<sup>4</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente – Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 17-30.

<sup>5</sup>QUINTANILHA, Alexandre, “Ensaio Clínicos-Contextualização abreviada e alguns desafios” in *Revista Portuguesa de Cirurgia*, n. 24, 2013, disponível online: <https://revista.spcir.com/index.php.spcir/article>



se com o facto de o paciente ser submetido a intervenções sem ter sido previamente informado e esclarecido e sem ter prestado previamente o seu consentimento.

Perante a multiplicação destes casos e a necessidade de erradicar as experimentações médicas não consentidas, foi criado em 1948 o Código de Nuremberga. Este Código ainda que direccionado para a investigação clínica foi pioneiro na consagração de direitos aos pacientes, designadamente, no reconhecimento da autonomia do paciente e sua autodeterminação, reconhecendo-se assim o direito de o paciente decidir livre, individual e voluntariamente acerca de determinada intervenção médica.

Portanto, podemos afirmar que é com o Código de Nuremberga que se assiste à consagração do dito “*consentimento voluntário*”, enquanto elemento imprescindível para qualquer investigação clínica.

Posteriormente, surgiu a Declaração de Helsínquia, adotada em Helsínquia em 1964, a qual foi sucessivamente alterada, mas que no fundo e à semelhança do Código de Nuremberga, visa essencialmente a regulação da investigação clínica nos seres humanos através da consagração de diferentes princípios a respeitar no âmbito da investigação clínica.

De entre o regulado naquele instrumento, merece destaque o princípio geral elencado no ponto 7 (sete), que dispõe que: “*A investigação médica está sujeita a padrões éticos que promovem e garantem o respeito por todos os seres humanos e protegem a sua saúde e direitos.*”.<sup>6</sup> Desta norma, depreendemos que também este instrumento visa, de um modo geral, tutelar o paciente e garantir o respeito pelos seus direitos. É também neste sentido que se encontra o próprio ponto 9 (nono) da Declaração, que impõe aos médicos o respeito por um conjunto de direitos, nomeadamente, o dever de respeitar o direito de autodeterminação e integridade dos

---

<sup>6</sup>Declaração de Helsínquia da Associação Médica Mundial – *Princípios Éticos para a Investigação Médica em Seres Humanos*”. Adotada pela 18ª Assembleia Geral da AMM, Helsínquia, Finlândia, junho de 1964, corrigida pela 35ª AG da AMM, outubro 1983, pela 41ª AG da AMM, Hong Kong, setembro 1989, pela 48ª da AG da AMM, Somerset West, República da África do Sul, outubro 1996, pela 52ª da AMM, Edimburgo, Escócia, outubro 2000, pela 53ª AG da AMM, Washington 2002, pela 59ª AG da AMM, Tóquio 2004, pela 64ª da AG da AMM, Fortaleza, Brasil, outubro 2013. Ponto 7.

*pacientes: “É dever dos médicos que participam em investigação médica proteger a vida, a saúde, a dignidade, a integridade, o direito à autodeterminação, a privacidade e a confidencialidade da informação pessoal dos participantes. A responsabilidade pela proteção dos participantes sujeitos de investigação cabe sempre ao médico ou outro profissional de saúde e nunca deve ser transferida para o sujeito de investigação, mesmo que este tenha dado consentimento.”<sup>7</sup>*

Naquele instrumento encontramos uma referência direta à necessidade de se obter o consentimento do paciente devendo o mesmo ser voluntário, livre, informado e escrito, cfr. ponto vinte e cinco e seguintes da Declaração.<sup>8</sup>

A novidade deste instrumento está na regulação da questão da responsabilidade, pois opta-se por afastar a responsabilidade do paciente mesmo que aquele tenha consentido naquela investigação; ou seja, mesmo que obtido o consentimento do paciente, optou-se por imputar a responsabilidade na esfera jurídica do médico ou de outro agente profissional de saúde autorizado, o que só por si constitui uma manifestação da necessidade de proteger o paciente e garantir o respeito pelos direitos que lhe foram reconhecidos.

No entanto, os instrumentos até aqui mencionados reconhecem apenas a necessidade de obter o consentimento informado no âmbito da investigação clínica, surgindo então a necessidade de se regular também esse consentimento nas demais intervenções ou tratamentos médicos; caso contrário, nas demais intervenções, estar-se-ia a violar o direito de autodeterminação do paciente bem como a sua liberdade de decisão, conforme se demonstrará. Essa exigência de se obter o consentimento informado para as intervenções ou tratamentos médicos sem caráter de investigação surgiu com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup>Cfr. ponto 9 da Declaração de Helsínquia

<sup>8</sup>Cfr. ponto 25 da Declaração de Helsínquia

<sup>9</sup>Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução 2200 (XXI), da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, assinado por Portugal a 7 de outubro de 1976, aprovação por ratificação Lei n.º29/78, de 12 de Junho, publicada no Diário da República I, Série A, n.º 133/78 (ratificada mediante aviso de ratificação publicado no Diário da República 153/78, de 6 de julho).

Neste instrumento (doravante PIDCP), merece referência o artigo 7º que dispõe o seguinte: *“Ninguém poderá ser submetido a torturas, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, ninguém será submetido sem o seu livre consentimento a experiências médicas ou científicas.*

Segundo ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, esta constitui a *“primeira norma internacional de – caráter vinculativo – com vista à proteção do consentimento informado”*.<sup>10</sup>

Como é sabido, definir uma norma como sendo uma norma de caráter vinculativo, é reconhecer a sua obrigatoriedade para os Estados que ratificaram o instrumento na qual aquela se inclui; o que é o mesmo que dizer que aquela norma (artigo 7º), deve ser respeitada por todos os que o ratificaram.

Logo, é manifesta a necessidade de se fazer garantir o respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana e consequentemente o respeito pela liberdade, autodeterminação e até integridade do paciente, respeito este que é garantido com a consagração da necessidade de obtenção do consentimento informado e pela consideração desta norma como uma norma inderrogável por consagrar um direito absoluto.<sup>11</sup>

A regulação da matéria do consentimento informado não fica por aqui e, no ano de 1981, foi adotada a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Doente pela Associação Médica Mundial.<sup>12</sup>

Na Declaração de Lisboa e à semelhança do que se assiste nos instrumentos anteriormente referidos, assiste-se também a uma tutela do direito de autodeterminação do paciente, pois concede-se a possibilidade de recusa de determinado tratamento, conforme resultado do disposto na alínea c) daquela.

---

<sup>10</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade” in *Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região de Macau*, Macau, 2018.

<sup>11</sup>MARTINS, Ana Maria Guerra, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Lisboa, Almedina, 2016, pp. 81-134.

<sup>12</sup>Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Doente, adotada pela 34ª AG da AMM em Lisboa, Portugal, setembro/outubro de 1981 e emendada pela 47ª AG da AMM em Bali, Indonésia, setembro de 1995.

Em 1994, a própria Organização Mundial de Saúde, proferiu a Declaração para a Promoção dos Direitos dos Pacientes, tendo em vista a garantia de diversos direitos aos pacientes, nomeadamente, a garantia do seu direito a consentir uma determinada intervenção médica.<sup>13</sup>

Portanto, ponto comum nos instrumentos até aqui mencionados é a necessidade de tutelar e de garantir os bens jurídicos e os princípios constitucionalmente consagrados.

Neste contexto e já em 1966, assiste-se à consagração da Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina, doravante também designada de CEDHBio.

Esta Convenção foi aprovada pelo Comité dos Ministros do Conselho da Europa, tendo sido imediatamente assinada por vinte e um Estados-Membros do Conselho da Europa, inclusive por Portugal.<sup>14</sup>

Segundo o Professor ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, este instrumento é dos que merece maior destaque, uma vez que pode ser visto *como “um verdadeiro Tratado de direitos dos pacientes”*.<sup>15</sup> Ou seja, é um instrumento que tem como objetivo garantir, nos Estados que a ela aderem, um nível mínimo de respeito pelos direitos dos pacientes, não impedindo nem proibindo os Estados-Membros de consagrarem normas de carácter interno que visem um maior nível de garantia daqueles direitos, conforme resulta do disposto no artigo 27º da mesma.

Prova disso é até o facto de a própria Convenção vir a ser complementada através da elaboração de diferentes Protocolos que regulam de forma mais esmiuçada certas questões, veja-se, por exemplo, o Protocolo Adicional à Convenção referente à Proibição da Clonagem de Seres Humanos.

---

<sup>13</sup>Declaração para a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa, Amesterdão, 28 a 30 de março, Organização Mundial da Saúde, Secretaria Regional da Europa.

<sup>14</sup>Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, aprova, para ratificação, a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de Abril de 1997, e o Protocolo Adicional Que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, aberto à assinatura dos Estados membros em Paris, em 12 de Janeiro de 1998.

<sup>15</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado ... Ob. Cit.*, p.87

Neste contexto, não restam dúvidas de que são vários os direitos reconhecidos neste instrumento, todos eles direcionados para a proteção do ser humano, isto é, direcionados para a proteção da sua dignidade e identidade, mas também direcionados para a proteção da sua liberdade, autodeterminação e até de certa forma integridade.

Portanto, foi com o intuito de se tutelar os bens jurídicos enunciados e garantir o seu respeito, que a CEDH Bio no seu artigo 5.º consagrou o consentimento informado como exigência para toda e qualquer intervenção médica:

*“Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido.*

*Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos.*

*A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.”* (Sublinhado nosso).

Encontra-se neste preceito consagrado o direito ao consentimento, e, encontram-se igualmente consagrados neste preceito e ao longo de todo o Capítulo II, alguns dos requisitos dos quais depende a sua validade, referimo-nos ao facto de se exigir que o consentimento deva ser informado e esclarecido. Ou seja, deve o médico informar o paciente sobre o tratamento em questão e esclarecer eventuais dúvidas que o paciente tenha. É por isso que, só quando o paciente decidiu conscientemente e só quando o paciente compreendeu o sentido e o alcance da intervenção ou tratamento médico, é que o mesmo é considerado válido e eficaz, conforme se verá ao longo desta dissertação.<sup>16</sup>

Assim, a Convenção pode ser considerada como mais um instrumento inovador e que assume extrema relevância não só por reconhecer o consentimento informado enquanto princípio fundamental mas também porque se regulam num mesmo

---

<sup>16</sup>SILVA, Paula Martinho, *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada*, Lisboa, Edições Cosmos, 1997, pp.38-42.

instrumento diversos princípios que visam a tutela do ser humano com o objetivo de evitar as situações de *“utilização indevida no âmbito da Biologia e Medicina”*.<sup>17</sup>

Por último, e antes de entrar especificamente nos instrumentos nacionais que regulam a matéria, importa agora fazer uma breve referência à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante CEDH),<sup>18</sup> e à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante CDFUE).<sup>19</sup>

Estes instrumentos visam uma tutela do ser humano e, consequentemente, a garantia e o respeito pelos seus direitos fundamentais.

Assim, e não nos pretendendo alongar, merece aqui referência o artigo 8º da CEDH, relativo à reserva da vida privada e familiar, uma vez que tem este constituído o fundamento utilizado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos para garantir o respeito pelo direito ao consentimento informado – daí o entendimento de que a intervenção médica que não se tenha por devidamente consentida constitui uma ingerência à vida privada do paciente.

Atendendo agora aos preceitos da CDFUE, pode também entender-se que aquela intervenção além de constituir uma ingerência na vida privada do paciente, constitui uma violação da sua integridade, cf. artigo 3º CDFUE, isto porque, à semelhança do demais também este preceito estabelece como princípio geral o respeito pela integridade do paciente; indo-se mais longe, quando se estipula como uma manifestação da “integridade”, o direito ao consentimento livre e esclarecido (artigo 3º, n.º2, alín. a) CDFUE.

---

<sup>17</sup>CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (CNECV), Do Parecer sobre a ratificação da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da biologia e da medicina. Parecer n.º 30/CNECV/2000, de 01 de fevereiro de 2000.

<sup>18</sup>Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro, publicada no Diário da República, I Série, n.º 236/78 (retificada por Declaração da Assembleia da República publicada no Diário da República, I Série, n.º 286/78, de 14 de dezembro).

<sup>19</sup>Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2000/C 364/01, 18 de dezembro de 2000.

## **2. O consentimento informado no ordenamento jurídico português**

À semelhança do que sucedeu no plano internacional também no ordenamento jurídico português se assistiu à regulação da figura do consentimento informado e essa regulação surgiu nos mais diversos planos entre os quais merece destaque e uma breve referência, o plano civil, penal e disciplinar. Sendo que, a verdade é que no nosso ordenamento jurídico, a doutrina do consentimento informado, está intrinsecamente relacionada com a proteção dos direitos de personalidade.

### **2.1 A Constituição da República Portuguesa**

A Constituição da República Portuguesa é o fundamento de excelência (“*Grundnorm*”, norma fundamental em idioma alemão), ocupando o topo na escala hierárquica do nosso ordenamento jurídico (preeminência normativa), cuja essência assenta da proclamação da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º) com base. Ora, reconhecer e proteger a dignidade da pessoa humana implica que sejam reconhecidos aos cidadãos um conjunto de direitos, liberdades e garantias, entre os quais merecem aqui referência os direitos especiais de personalidade: o direito de autodeterminação, o direito à integridade física e moral (artigo 25.º) e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º).

Nas palavras dos Professores GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, reconhecer o direito à integridade pessoal é reconhecer o direito a não se ser ofendido no próprio corpo ou na própria mente. E, é com base neste entendimento e na consagração dos direitos acima mencionados, que é possível concluir que também a Constituição da República Portuguesa reconhece a existência de um direito ao consentimento informado como manifestação do direito à integridade pessoal e livre desenvolvimento da personalidade.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I – artigos 1.º a 107.º*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 177 ss.

## 2.2 Código Civil

O Código Civil Português de harmonia com a Constituição da República Portuguesa também confere uma tutela à autodeterminação da pessoa humana que se encontra abrangida pelo direito geral de personalidade consagrado no artigo 70.º do CC.

A consagração de um direito geral de personalidade visa a proteção do ser humano de qualquer ameaça ou ofensa à sua personalidade, isto é, à sua integridade psicofisiológica, vida, liberdade, saúde e autodeterminação. É, portanto, neste contexto de tutela da personalidade do ser humano, que surge no plano civil o consentimento informado, porquanto a violação do mesmo é suscetível de constituir uma violação do direito de autodeterminação, liberdade, saúde e nalguns casos do direito à vida.<sup>21</sup>

É como manifestação desse direito geral de personalidade e da necessidade de se garantir o respeito pelo ser humano, que o n.º 2 daquele preceito dispõe que a violação do direito geral de personalidade pode dar lugar à aplicabilidade de providências adequadas ao caso e até de gerar uma situação de responsabilidade civil.<sup>22</sup> Verificando-se, inclusive, uma responsabilização cada vez mais frequente nos casos de violação do direito ao consentimento informado.

## 2.3 Código Penal

A regulação desta matéria não se limita aos instrumentos acima mencionados e também o próprio Código Penal se dedicou ao estudo da questão nos seus artigos 150.º, 156.º e 157.º, sendo que, neste plano, se assiste a alguma divergência quanto à tipificação do crime em questão quando se esteja perante uma intervenção ou tratamento médico não consentido. Enquanto que para uns as intervenções médicas não consentidas não podem ser entendidas como verdadeiras ofensas à integridade física, para outros as intervenções médico-arbitrárias constituem verdadeiras ofensas à integridade física.

---

<sup>21</sup>OLIVEIRA, Guilherme, “Estrutura Jurídica do Ato Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica”, in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp.59-72.

<sup>22</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado .... Ob. Cit.* pp. 98-100.



A verdade é que o nosso ordenamento jurídico-criminal é um dos mais desenvolvidos da Europa no domínio responsabilidade médica, o n.º 1 do artigo 156.º do CP optou por resolver diretamente esta querela adotando o entendimento de que, à partida, as intervenções médico-arbitrárias não constituem um crime de ofensa à integridade física porquanto o bem jurídico tutelado, quando não há consentimento do paciente, não é a vida, a saúde, nem o corpo do paciente, mas sim a sua autodeterminação e consequentemente o seu direito de decidir livremente sobre si e sobre o seu próprio corpo, pelo que, dúvidas não restam de que associado ao direito de autodeterminação se encontra o direito à informação e esclarecimento nos termos do artigo 157.º do Código Penal.<sup>23</sup>

Porém, a questão não é assim tão linear, pois a verdade é que só não estamos perante um crime de ofensa à integridade física se preenchidos quatro requisitos cumulativos: o primeiro é de que a intervenção seja desempenhada por um médico ou outro agente profissional autorizado, o segundo requisito é que a intervenção ou tratamento tenha uma finalidade terapêutica (*i.e.*, uma intenção curativa), o terceiro requisito é o de que aquela intervenção tenha sido proposta por um médico e por último, que tenha aquela sido realizada com observância das *legis artis*.

Portanto, se os requisitos enunciados se encontrarem preenchidos não podemos considerar as intervenções médicas como verdadeiras ofensas à integridade física. Pelo contrário, se existir uma violação das *legis artis* ou não estiver preenchido qualquer um dos demais pressupostos, então sim, estamos perante típicas ofensas à integridade física. Mas, só assim é se dessa violação da *legis artis* resultar um perigo para o paciente, e, ou, se não existir uma causa de justificação ou o consentimento válido do paciente, conforme resulta do disposto nos n.ºs 1 e 2, alínea d) do artigo 31.º do Código Penal, conjugado com o artigo 38.º do mesmo diploma legal.<sup>24</sup>

Neste contexto, podemos concluir que o fundamento da punição das intervenções médico-arbitrárias “*não é o corpo, a saúde, ou a vida do paciente, mas sim*

---

<sup>23</sup>RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “Responsabilidade Civil por erro médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente” in *Data Vénia*, n.º 1, ano 1, 2013, pp. 5-26.

<sup>24</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado... Ob. Cit.* pp. 109-121.

a autodeterminação do mesmo e o direito de dispor livremente sobre o seu corpo”.<sup>25</sup> Não podemos deixar de concordar com ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, porquanto o que está efetivamente a ser violado é a possibilidade de o paciente consentir ou dissentir determinada intervenção ou tratamento médico, ou seja, viola-se a sua liberdade de escolha e a possibilidade de o mesmo se autodeterminar e não se viola o seu corpo daí, e, à exceção dos casos mencionados, não existir fundamento para a tipificação como crime de ofensa à integridade física.

Independentemente da posição que se assuma, quanto à questão de a intervenção médica-arbitrária constituir ou não um crime de ofensa à integridade física (que como já vimos, ressalvadas situações excepcionais, no nosso ordenamento jurídico não constitui crime de ofensa à integridade física), a verdade é que, regra geral, as pessoas que intervenham ou realizam tratamentos médicos sem o consentimento do respetivo paciente, são punidas nos termos do n.º 1 do artigo 156.º do Código Penal. Porém, poderá não se verificar essa punição nos termos do n.º 2 do artigo 156.º do Código Penal, pois exclui-se a punição do agente se a obtenção do consentimento para aquela intervenção ou tratamento implicar um perigo para o paciente, assim como se exclui a punição nos casos em que se verificou e concretizou uma intervenção médica diferente daquela que havia sido consentida, se a intervenção consentida pelo paciente não for a mais adequada a garantir a vida, corpo e até a saúde do paciente.<sup>26</sup>

Mas, para se excluir a punição, além de ter de se verificar qualquer das situações mencionadas, é necessário não ter sido produzida prova de que o paciente sendo capaz de consentir recusaria aquela intervenção (cf. artigo 39.º, n.º 1 CP).

Aliás, a expressão lusa *consentimento informado* tem a sua origem na *informed consent* anglo-americana, sendo, neste aspeto, mais elucidativa a expressão francesa *consentement éclairé* (consentimento esclarecido).

Deve também ter-se em consideração que o artigo 157.º do CP impõe um dever de esclarecimento, isto porque, para que o paciente possa prestar o seu consentimento

---

<sup>25</sup>RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes; *Responsabilidade Civil por Erro Médico... Ob. Cit.* pp. 5-26

<sup>26</sup>RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade Médica em Direito Penal – Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Lisboa, Almedina, 2000, pp. 21-70.

de forma válida, o mesmo deve ser previamente esclarecido do “*significado, alcance e riscos da intervenção médica*” – portanto, impreterivelmente associado ao consentimento do paciente, está o dever de esclarecimento do médico, daí a imposição ao mesmo do dever de informar o paciente acerca das vantagens do tratamento, das possíveis desvantagens e eventuais efeitos adversos e, ainda, informar sobre tratamentos alternativos, como melhor se verá adiante.

Caso contrário, isto é, no caso de o médico não cumprir suficientemente o seu dever de esclarecer o paciente, poderá não se excluir a punibilidade do crime de intervenções ou tratamento médico cirúrgicos arbitrários regulado no artigo 156.º do CP. Assim, podemos reiterar que associado ao direito ao consentimento se encontra o direito à informação que por sua vez se encontra impreterivelmente associado ao dever de esclarecimento - daí haver Autores que entendem que sobre o médico impende um dever contratual de informação abrindo-se discussão acesa acerca da natureza da relação médico-paciente e consequentemente da natureza da responsabilidade civil, conforme veremos.<sup>27</sup>

Portanto, encontramos assim resposta a um dos problemas jurídicos do consentimento informado, que seria o de saber se o médico ou outro agente profissional de saúde poderiam ser responsabilizados por se terem esquecido de informar o paciente antes de obter o seu consentimento ainda que cumpridos os requisitos do artigo 150.º CP, isto é, ainda que o tratamento seja realizado por médico, por indicação médica, com finalidade terapêutica e de acordo com as *legis artis*, o médico poderá ser responsabilizado por se ter esquecido de informar e esclarecer o paciente antes de obter o consentimento daquele. E, mais, o médico poderá ser responsabilizado por se ter esquecido de informar o paciente antes da intervenção mesmo que tenha havido um melhoramento do estado de saúde do paciente!

Assim, podemos concluir que o esclarecimento constitui um dos requisitos dos quais depende a validade do consentimento e este além de se encontrar especificado no CP, também encontra consagração noutros diplomas nomeadamente, na Lei de

---

<sup>27</sup>Cfr. anotação ao artigo 156.º CP in GARCIA, M. Miguez e RIO, J.M. Castela, *Código Penal, Parte Geral e Especial*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 682- 690.

Bases da Saúde de 1968 e na Lei sobre Transplantes de Órgãos e Tecidos (Lei n.º 12/93, de 22 de abril).

Em suma: o Código Penal tipifica, salvas as devidas exceções, como crime as intervenções e tratamentos médicos realizados sem o prévio consentimento do paciente, sendo que é de reter que aquela tipificação visa sobretudo garantir o respeito pelo direito de autodeterminação do paciente e sua liberdade de decisão.<sup>28</sup>

## **2.4 Código Deontológico da Ordem dos Médicos**

O Código Deontológico da Ordem dos Médicos é um instrumento que visa garantir o respeito por um conjunto de princípios ético-fundamentais criados com o intuito de orientar a atividade médica e a relação que se estabelece entre o médico e o respetivo paciente, por isso, podemos considerar que este Código é um instrumento no qual foram consagrados um conjunto de postulados que o médico deve respeitar na sua atuação.<sup>29</sup>

Ponto comum e base dos demais postulados do Código Deontológico é o da necessidade de garantir respeito pela dignidade da pessoa humana e, por isso, o respeito pela autodeterminação do paciente e sua liberdade. Neste sentido, é postulado de toda e qualquer atuação médica o dever de informar o paciente e consequentemente o dever de obter o consentimento do paciente constituindo este um dos mais relevantes deveres deontológicos dos médicos (artigo 44.º).

Assim, podemos concluir que o Código Deontológico da Ordem dos Médicos é um instrumento que define um conjunto de regras de conduta que integram as *legis artis*, daí a relevância que lhe tem sido atribuída pelo nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>28</sup>RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 54-73

<sup>29</sup>Regulamento n.º 14/2009, da Ordem dos Médicos, Diário da República n.º 8, II Série, de 11 de janeiro de 2009, que aprova o Código Deontológico da Ordem dos Médicos

### **3. Consentimento informado e respetivos requisitos de validade**

Aqui chegados, importa agora explicar, com o necessário detalhe, o que é realmente o consentimento informado; conscientes de que a verdade é que não existe, nacional e internacionalmente, uma noção concreta de consentimento informado.

Neste contexto, tanto a Doutrina e Jurisprudência nacional e internacional, têm vindo a apresentar várias propostas de definição daquele conceito, destacando-se a apresentada por JOÃO ÁLVARO DIAS, segundo a qual *“o consentimento tem de ser perspectivado como um diálogo entre o doente e o médico em que ambas as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente; diálogo que há-de culminar na concordância ou anuência do doente à realização de um certo tratamento ou de uma certa intervenção”*.<sup>30</sup>

Também o Professor JOÃO VAZ RODRIGUES entende que o conceito em análise está associado a uma ideia de aceitação e deve ser perspectivado como um meio através do qual o paciente permite ao médico uma determinada intervenção, sendo que, regra geral, essa intervenção proporcionará um melhoramento do estado de saúde daquele, daí o Professor concluir que o paciente ao consentir permite *“a atuação do agente médico na sua esfera físico-psíquica com o sentido de proporcionar saúde em benefício próprio, alheio, ou em benefício geral”*.<sup>31</sup>

Atendendo às noções propostas, existe também quem considere que o termo “consentimento informado” não é o mais adequado, propondo a sua substituição pelos termos “assentimento” ou “concordância”, pois para os defensores desta, quando o paciente presta o seu consentimento (informado), este não está apenas a consentir a intervenção ou tratamento médico em si, e assim é porque este ato de consentir pressupõe um diálogo prévio entre o médico e o paciente que constitui uma das manifestações do respeito pelo direito à autodeterminação do paciente e o que demonstra a importância de existir uma relação de confiança entre aqueles.

---

<sup>30</sup>DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Studia Iuridica, 21, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p.281.

<sup>31</sup>RODRIGUES, João Vaz; *O Consentimento Informado... Ob. Cit.* p. 24.

Ou seja, o consentimento informado não deve ser visto como um mero requisito ético-profissional imposto ao médico, deve sim ser perspectivado como um processo que advém da relação prévia que se estabelece entre o médico e o paciente. E, é através daquela relação de confiança, que o médico informa e esclarece o paciente e que aquele, depois de refletir sobre a informação prestada, consente ou dissente determinada intervenção ou tratamento.

Portanto, segundo JOÃO VAZ RODRIGUES aquele processo deve comportar diferentes fases, nomeadamente a fase da informação – esclarecimento – consentimento – intervenção – informação – convalescença – informação.<sup>32</sup>

A própria Direção Geral da Saúde (doravante DGS) considera que o consentimento informado constitui um processo de interação e comunicação a ocorrer de forma contínua entre o médico ou outro profissional de saúde habilitado e o paciente, sendo que é no âmbito daquele processo que deve haver lugar a trocas de informação e ao esclarecimento de eventuais dúvidas do paciente.<sup>33</sup>

Neste contexto, podemos concluir que o consentimento do paciente, quando devidamente informado e esclarecido, é um mecanismo que garante o respeito pelo próprio paciente e que permite ao mesmo uma decisão objetiva; portanto, podemos também concluir que ao médico compete esclarecer o paciente e informá-lo, entre outros, dos riscos e dos benefícios da intervenção ou ato médico a que se irá sujeitar, e que só depois de devidamente informado e esclarecido é que o consentimento é considerado válido.

Assim, podemos afirmar que são duas as fases do consentimento informado: uma primeira fase informativa, onde incumbe também ao médico o dever de analisar o nível de compreensão do paciente, isto é, avaliar se a informação prestada sobre aquela intervenção foi efetivamente compreendida pelo paciente e uma segunda fase que corresponde ao momento de decisão do paciente.

---

<sup>32</sup>*Idem*, pp. 23-29.

<sup>33</sup>Cfr. *Norma n. 915/2013 de 03 de outubro de 2013* da Direção Geral da Saúde: O Consentimento informado, esclarecido e dado por escrito, disponível online: <https://www.dgs.pt/paginas-de-sistema/saude-de-a-a-z/consentimento-informado-esclarecido-e-livre-dado-por-escrito.aspx>

Em suma, o consentimento informado é um pressuposto ético de toda e qualquer atividade médica que visa tutelar a autodeterminação do paciente e garantir a sua liberdade de decisão, cuja validade carece da verificação cumulativa de um conjunto de requisitos que de seguida analisaremos.<sup>34 35</sup>

### **3.1 Capacidade**

A capacidade para consentir constitui um dos primeiros requisitos de validade do consentimento informado através do qual se visa aferir se o paciente está ou não em condições de tomar decisões de forma livre e esclarecida exercendo o seu direito de autodeterminação.

No caso concreto do consentimento informado, este é um dos requisitos através do qual se afere se a pessoa tem capacidade para decidir quanto a uma determinada intervenção ou tratamento médico. Neste sentido, são vários os preceitos dos instrumentos acima referidos que lhe fazem referência, veja-se, a título exemplificativo, o artigo 46º do CDOM e também o próprio artigo 6º da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina.

Contudo, apesar de não existirem dúvidas de que este é efetivamente um requisito de validade do consentimento informado, existe uma grande divergência doutrinária relativamente ao critério a que se deve atender para aferir da capacidade para consentir.

Assim, enquanto para um setor da doutrina a capacidade para consentir determinada intervenção médica em nada diverge da capacidade de exercício jurídico-civil e, portanto, atendendo ao disposto nos artigos 130º e seguintes do Código Civil, têm, em princípio, capacidade para consentir atos e intervenções médicas os maiores de dezoito anos (exceto nas situações de maior acompanhado), para outros a

---

<sup>34</sup>BELTRÃO, Sílvia Romero, “O consentimento informado e a sua dinâmica na relação medico-paciente: natureza jurídica, estrutura e crise”, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, nº 2, 2015, disponível online: [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015\\_02\\_1965\\_1999.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_1965_1999.pdf)

<sup>35</sup>Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 1263/06.3TVPR.T.P1. S1, Relatora Maria Clara Sottomayor, de 02/06/2015.

capacidade para consentir determinada intervenção médica em nada se relaciona com a capacidade de exercício jurídico-civil. Mas, relaciona-se sim com a capacidade de compreensão da informação prestada, com a capacidade de livre arbítrio e com discernimento de cada um.<sup>36</sup>

Portanto, para estes a capacidade constitui um requisito de aferição casuística, porquanto pressupõe uma avaliação do paciente e da complexidade da intervenção.<sup>37</sup> É por isso que para estes a idade constitui um mero indício de capacidade, havendo, assim, a possibilidade de um maior de idade não ter capacidade para consentir (vejam-se as situações do maior acompanhado que anteriormente se designavam de situações de interdição e inabilitação) e, ao invés, um menor de idade ter capacidade para consentir dado o seu elevado discernimento.

Neste contexto e segundo esta conceção doutrinária que merece aqui todo o nosso apoio, o discernimento é o critério primordial para aferir da capacidade, pelo que incumbirá ao médico ou a qualquer outro profissional de saúde habilitado avaliar se o paciente tem o discernimento necessário para compreender o alcance da intervenção ou tratamento a que se irá submeter e deve o médico igualmente avaliar se aquela informação foi efetivamente compreendida e ponderada, pois só assim haverá capacidade para consentir aquele ato em específico.<sup>38</sup>

A este propósito, coloca-se a questão de saber em que termos e com base em critérios é que o médico avalia o discernimento do doente e consequentemente a sua capacidade para consentir o ato médico.

Podemos, desde já, referir que a avaliação do discernimento é feita através de um diálogo entre o médico e o paciente, em que o primeiro formula um conjunto de questões às quais o segundo terá de responder de forma livre e séria, o que nos permite concluir que entre o profissional de saúde (avaliador) e o paciente deverá existir uma prévia relação de confiança e conforto.

---

<sup>36</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado...* Ob. Cit. pp. 206-328

<sup>37</sup>RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado...* Ob. Cit. pp. 197-222.

<sup>38</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Ob. Cit.*, pp. 147-174



As questões formuladas constituem verdadeiros testes á capacidade intelectual, volitiva e emocional do paciente cujas respostas permitirão ao médico avaliar se o paciente tem inteligência, responsabilidade e capacidade interiorização para compreender o tipo de tratamento em questão, os eventuais riscos do mesmo bem como a sua necessidade.

Além disso, a avaliação do discernimento do paciente é também feita mediante o recurso a questões de índole social, por exemplo, questões relativas ao tipo de relacionamento do doente com os seus familiares e amigos, descortinando se o mesmo atribui ou não importância às opiniões daqueles, o que permitirá a avaliação do seu grau de maturidade e autonomia bem como avaliar se o paciente é capaz de distinguir o certo do errado.

Posto isto e como se demonstrará somos do entendimento de que o discernimento deverá prevalecer enquanto critério comparativamente á idade que deverá constituir um mero indício daquilo que é a capacidade para consentir.<sup>39</sup>

Portanto, enquanto para uns a questão da capacidade para consentir se encontra associada à noção de capacidade de exercício, para outros o que está em causa é a avaliação do seu discernimento, isto é, a capacidade para compreender o alcance da intervenção e assim ponderar e decidir livremente se opta ou não por aquela.<sup>40</sup>

No entanto, as questões relacionadas com o requisito da capacidade para consentir não ficam por aqui, surgindo a questão de saber se os menores, os interditos e os inabilitados têm ou não capacidade para consentir intervenções ou tratamentos médicos.

Civilmente, no nosso ordenamento jurídico, regra geral, são considerados menores todas as pessoas que ainda não atingiram a maioridade, isto é, que ainda não completaram os dezoito anos de idade, conforme dispõe artigo 122º do Código Civil.

---

<sup>39</sup>*Ibidem.*

<sup>40</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias, Direitos dos pacientes e responsabilidade médica. Coimbra, 2014. - Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico Civilísticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,

A menoridade constitui, de certa forma, uma incapacidade jurídica não só porque fica afetada a capacidade de gozo do menor, mas sobretudo porque fica limitada a sua capacidade de exercício (que corresponde à suscetibilidade daquele exercer livremente e por si só os seus direitos e de dar cumprimento às suas obrigações – encontrando-se, assim, a capacidade de exercício relacionada com a capacidade de entender e querer). Ou seja, fica limitada a capacidade para a celebração de negócios não só de carácter pessoal, mas também de carácter patrimonial, cf. artigo 123º do CC.

É verdade que aquela incapacidade cessa assim que é atingida a maioridade, isto é, assim que o menor perfizer dezoito anos de idade, conforme resulta da interpretação a contrário do artigo 122º CC, e também é verdade que aquela pode cessar de forma antecipada, por exemplo, aos dezasseis anos de idade através da emancipação pelo casamento, cf. artigos 132º e 133º do Código Civil.<sup>41</sup>

No entanto, foram também criados meios de suprir a incapacidade do menor, entre os quais tem pertinência abordar o poder paternal, uma vez que estão os menores sujeitos ao poder paternal até à maioridade (artigo 124º do CC). Assim, incumbe aos progenitores dos menores zelar pelos interesses dos seus filhos e consequentemente o poder de os representar.

Portanto, devemos considerar que o princípio geral é o de que são os progenitores que representam os menores e zelam pelos seus interesses e, por conseguinte, no caso de ser necessária determinada intervenção ou tratamento médico devem ser aqueles a consentir ou não, consoante o que se considere ser mais benéfico para o menor, conforme artigo 1878º do CC.

Neste contexto, e sem nos alongarmos muito sobre a questão, deve ter-se em atenção que caso não possam os progenitores do menor representá-lo legalmente pelas demais situações previstas na lei, existem outros meios de suprimento daquela incapacidade, que passam, por exemplo, pela entrega da guarda da criança ou menor a

---

<sup>41</sup>Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo nº 24/08.0TBSRT-B.C1, Relator Artur Dias, 07/02/2012.

terceira pessoa ou a qualquer outra entidade credenciada para o efeito, constituindo esta matéria objeto de estudo em Direito da Família.

Por outro lado, o menor vai conquistando gradualmente a sua autonomia e, consequentemente, capacidade, ou seja, com o passar do tempo o menor adquire como que uma capacidade natural que culmina com a total capacidade de exercício. Como tal, não é unânime o entendimento de que até à maioridade deve o consentimento ser prestado pelos pais.<sup>42</sup>

Deste último entendimento são defensores nomes de referência, entre os quais, o Professor ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA que entende, como já foi referido, que a idade deve constituir um mero indício da capacidade para consentir, não constituindo esta o critério primordial. Para estes, o critério primordial para aferir a capacidade para consentir é o discernimento do menor, impondo-se então uma avaliação do perfil do paciente para aferir se aquele possui o *“discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento no momento em que o presta”*. Pelo que, no caso de possuir esse discernimento o menor deveria ser considerado capaz de consentir.<sup>43</sup>

Deve ainda atender-se ao disposto no nº 3 do artigo 38º do Código Penal, segundo o qual: *“o consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”*.

A norma acima transcrita tem relevância porquanto da mesma constam os dois critérios já mencionados por este setor doutrinário, a idade e o discernimento. Portanto, segundo a norma mencionada são incapazes de prestar o seu consentimento os menores de dezasseis anos, devendo estes serem representados pelos seus progenitores ou qualquer outro representante legal. Por outro lado, os menores, com dezasseis anos de idade ou superior, têm capacidade de consentir se possuírem o

---

<sup>42</sup>Cfr. FERNANDES, Diana Isabel Mota; *“A Interdição e Inabilitação no Ordenamento Jurídico Português: Notas de enquadramento de direito material e breve reflexão face ao direito supranacional”*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

Disponível online: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao\\_inabilitacao.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Interdicao_inabilitacao.pdf)

<sup>43</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado... Ob. Cit.* pp. 317-320.

discernimento necessário para compreender o alcance da intervenção a que se irão sujeitar, estando, assim, perante uma situação cumulativa de requisitos.<sup>44</sup>

Deste modo, aquele preceito do Código Penal tem sido utilizado como um dos fundamentos para o setor doutrinário que considera que a capacidade para consentir diverge da capacidade de exercício jurídico-civil, advogando até pela transposição desta norma para o ramo do Direito Civil, caso contrário, assiste-se a uma desarmonia e contradição injustificada.

À semelhança desta norma, também se encontra alguma legislação especial, nomeadamente a Lei referente à colheita e transplante de órgãos que no nº 4 do seu artigo 8º dispõe que *“A dádiva e colheita de órgãos, tecidos ou células de menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade carecem também da concordância destes”*.<sup>45</sup> Portanto, esta é mais uma das normas que atribui relevância quer ao discernimento do menor, quer ao consentimento prestado por ele, pelo que nos parece que o entendimento do Professor ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA tem vindo a merecer acolhimento no nosso ordenamento jurídico.

Deve ser também feita uma breve referência ao artigo 142º do CP, pois também este dispõe que uma menor de dezasseis anos de idade tem capacidade para prestar o seu consentimento para interrupção voluntária da gravidez, não sendo esta consequentemente punível. Portanto, constitui este mais um preceito em que se aceita como válido o consentimento prestado pelo menor, pelo que, não se compreende, de todo, a admissão do consentimento do menor apenas em certas circunstâncias.

A própria Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina no nº 2 do artigo 6º dispõe que a opinião do menor constitui um fator determinante e que deve ser considerado. Por isso, se conclui que o seu grau de consideração e relevância está associado não só à idade, mas também à maturidade do menor; e, neste sentido, também se encontra o próprio Código Deontológico da Ordem dos Médicos, no nº 3 do artigo 46º, quando atribui relevância à opinião do menor consoante a sua maturidade.

---

<sup>44</sup>Cfr. Norma da DGS supra indicada na nota <sup>33</sup>

<sup>45</sup>Lei n.º 12/93, de 22 de abril, referente à colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana (atualizada pelo DL n.º 168/2015, de 21 de agosto).

Neste contexto, reiteramos partilhar da opinião do Professor ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, pois também a nosso ver faz todo o sentido que a idade constitua um mero indício da capacidade para consentir, não devendo constituir o critério primordial. O fundamento desta posição prende-se com o facto de, na nossa opinião, não ser a idade a determinar a capacidade de compreensão do ser humano, bem como a sua capacidade de decisão.

É verdade que associada à idade se encontra associada uma certa experiência de vida e com esta se fazem escolhas mais ou menos acertadas e se compreendem melhor as questões, mas também é verdade que o consentimento prestado pelo menor só será válido se aquele possuir o discernimento necessário, o qual é medicamente avaliado. Portanto, não se consideram aceitáveis os argumentos que sustentam a incapacidade dos menores em consentir, estando garantida, através daquela avaliação, a compreensão do menor e o seu discernimento.

Além disso, o menor é também um sujeito que beneficia de um conjunto de direitos fundamentais consagrados no nosso ordenamento jurídico, entre os quais se destaca o seu direito à vida, o seu direito à integridade física e psíquica, pelo que têm todo o direito e faz todo o sentido que aquele possa intervir naquela que é a sua situação clínica.

Em suma, não nos parece que haja fundamentos suficientes para diferenciar a capacidade do menor da capacidade do maior para consentir, isto se comprovado o discernimento do menor e a sua capacidade de compreensão e decisão.

Importa agora abordar outros casos de incapacidade, referindo agora o regime do maior acompanhado, que se encontra regulado pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que vem revogar os anteriores regimes da interdição e da inabilitação.

Antes da aprovação da referida Lei, as situações de interdição e inabilitação encontravam-se reguladas nos artigos 138º a 156º do Código Civil. Nestes consideravam-se interditos aqueles que se encontravam incapacitados de exercer os seus direitos no geral, isto é, aqueles que se encontravam incapazes de governar a sua própria pessoa e o seu património, conforme disposto no artigo 138º do CC. Por outro

lado, as situações de inabilitação correspondiam àquelas situações em que a pessoa se mostrava apenas incapaz de reger e de dispor do seu próprio património, conforme artigo 152º CC.

Da análise das normas acima mencionadas era possível concluir que os fundamentos da interdição e da inabilitação passavam sobretudo pelas situações de anomalia-psíquica, surdez-mudez e cegueira, sendo que nos casos de inabilitação a estes fundamentos acresciam outros, nomeadamente o facto de aqueles dependerem de drogas, estupefacientes ou de bebidas alcoólicas.<sup>46</sup>

Como tal, as principais diferenças do regime passavam pelo facto de nas situações de inabilitação a pessoa apenas se encontrar incapaz de dispor dos seus bens, isto é, de reger o próprio património, enquanto que nas situações de interdição estava afetada a capacidade daquele (o interdito) governar a sua própria pessoa e ainda os seus bens e, portanto, dada a incapacidade daqueles e à semelhança do já referido para as situações de menoridade, a lei regulou modos de suprir estas incapacidades, conforme resulta do disposto no artigo 139º do CC.<sup>47</sup>

É também verdade que as situações de interdição e inabilitação não determinavam por si só a incapacidade para consentir atos médicos, o que facilmente se compreende, sobretudo nos casos de inabilitação em que a incapacidade incidia sobretudo no âmbito patrimonial.

Mas, a verdade é que também nas situações de interdição existiam casos em que o consentimento para atos médicos era válido, isto porque, à semelhança do menor, podia aquele compreender o sentido e o alcance do tratamento médico. Assim, uma vez avaliada a sua capacidade e demonstrado que o paciente compreendeu o âmbito da intervenção, não existia qualquer fundamento para considerar o consentimento daquele inválido.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup>Para melhor compreensão da questão da interdição e inabilitação, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo 62/2000.C1, Relatora Maria João Areias, de 11/11/2014.

<sup>47</sup>Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 6732/14.9T8CBR.C1, Relator Vítor Amaral, de 17/10/2017.

<sup>48</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado... Ob. Cit.* pp.214-223

Porém, nos casos em que aquele discernimento não se demonstrasse, aí sim, deveria recorrer-se consoante estivéssemos perante uma situação de interdição ao tutor ou ao curador se estivéssemos perante uma situação de inabilitação, artigos 139º e 153º do CC. Sucedeu que, a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, veio revogar o regime da interdição e inabilitação acima mencionado, aprovando o regime jurídico do maior acompanhado.<sup>49</sup>

Perante esta aprovação legislativa e conforme dispõe o atual artigo 138º do CC, *“o maior impossibilitado por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir, os seus deveres, beneficia das medidas previstas neste Código.”*

O regime do maior acompanhado centra-se, sobretudo, no exercício de direitos e deveres de pessoa que era dotada de capacidade e que deixou de o ser por qualquer um dos motivos previstos e por nós sublinhados no artigo transcrito. Assim, o que se verifica é que o impossibilitado deixou de ter capacidade para exercer de forma consciente, pessoal e plena os seus direitos e as suas obrigações.

À semelhança do que ocorria no regime da interdição e inabilitação, nos quais a incapacidade era suprida por tutores ou curadores, no regime do maior acompanhado essa incapacidade é suprida pelo acompanhante que pode ser designado pelo acompanhado, pelo seu representante legal ou judicialmente conforme resulta do disposto no atual artigo 143.º do CC.

Importa agora referir que o acompanhamento se encontra limitado ao mínimo e necessário, isto é, àquilo que se entende ser indispensável, o que significa que o acompanhado pode continuar a exercer os seus direitos pessoais, pois estes, à partida, não se encontram restringidos conforme dispõe o artigo 147.º do CC. Assim, considerando que o direito à saúde constitui um bem pessoal, compete ao acompanhado (*“salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário”*), decidir consentir ou não consentir uma determinada intervenção ou tratamento médico.

---

<sup>49</sup>Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47/344, de 25 de novembro de 1966.

Ainda assim, a alínea e) do artigo 145.º do CC cria como que uma margem de manobra quando admite que sejam facultadas ao acompanhante “*intervenções de outro tipo, desde que devidamente explicitadas*”, o que é o mesmo que dizer que ao acompanhante pode ser atribuída a decisão de consentir ou não consentir uma intervenção ou tratamento médico a que o acompanhado se irá submeter.

Neste sentido, importa também referir que a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, regula as situações de investigação clínica, facultando ao acompanhante o poder de consentir ou não consentir a realização de determinado ensaio clínico, isto se, a pessoa que àquele se irá submeter, ainda enquanto capaz, não o tiver consentido.

Porém, o consentimento obtido terá de refletir a vontade presumível do paciente que irá participar naquele ensaio clínico. Caso contrário, estar-se-ia a violar o artigo 6.º da CEDH Bio, quando refere que a pessoa em questão, deve, na medida do possível, participar no processo de autorização e manifestar aquela que é a sua pretensão. E assim é também pelo facto de o regime do maior acompanhado, salvo outra decisão do Tribunal para a situação concreta, visar, sempre que possível, o respeito pela vontade do paciente e o respeito pelo seu direito à autodeterminação.<sup>50</sup>

Pelo que, é com o intuito de garantir o respeito pela vontade do paciente e sua autodeterminação que, o Juiz, antes de determinar o acompanhamento do maior, deve verificar da existência de procuração para cuidados de saúde, conforme resulta da articulação dos artigos 147º do CC e 900º CPC<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup>FIGUEIREDO, Guilherme (Ordem dos Advogados). Do Parecer à proposta de lei n.º 110/III: “Estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação” - Parecer de 07 de maio de 2018.

<sup>51</sup>PAZ, Margarida, “O Ministério Público e o novo regime do maior acompanhado”, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019.

Disponível online: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_Regime\\_Maior\\_Acompanhado.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Regime_Maior_Acompanhado.pdf)



### 3.1.1 Procuração de cuidados de saúde

No âmbito da (in)capacidade para consentir, importa agora fazer uma breve referência às Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV), porquanto as mesmas permitem que se atenda à vontade do paciente quando a mesma tenha sido prestada em momento anterior ao ato médico e ao estado de incapacidade do mesmo.

No âmbito do nosso ordenamento jurídico as Diretivas Antecipadas da Vontade encontram-se reguladas pela Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, entre as quais se destaca a procuração de cuidados de saúde.

A criação deste mecanismo inspira-se noutros preceitos jurídicos que atribuem relevância à vontade previamente manifestada pelo paciente, referimo-nos, designadamente, ao artigo 9.º da CEDH Bio e ao n.º 2 do artigo 46.º do CDOM, uma vez que estes preceitos impõem que se atenda à vontade do paciente quando este a tenha manifestado previamente ao ato médico e que no momento da intervenção se encontre incapaz de a manifestar.

Portanto, segundo o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) foi a necessidade de suprir a incapacidade do paciente e de garantir a sua autonomia e o respeito pela sua vontade que fundamentou a criação da procuração de cuidados de saúde regulada, como referimos, pela Lei n.º 25/2012, de 16 de julho.<sup>52</sup>

Podemos então referir que a procuração de cuidados de saúde constitui um instrumento que permite ao paciente manifestar antecipadamente a sua vontade quanto a determinadas questões médicas, por exemplo, através da procuração de cuidados de saúde o paciente pode previamente manifestar a sua vontade em ser ou não submetido a um determinado tratamento ou intervenção, conforme resulta do disposto no artigo 12.º do referido diploma.<sup>53</sup> Sendo que essa vontade será

---

<sup>52</sup>Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), Do Parecer sobre os projetos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade. Parecer n.º 59, de 17 de dezembro de 2010.

<sup>53</sup>Cfr. Artigo 12º, Lei n.º 25/2012, de 16 de Julho, “ (...) o documento pelo qual se atribui a uma pessoa, voluntariamente e de forma gratuita, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde, para que aquela os exerça no caso de o outorgante se encontrar incapaz de expressar de forma pessoal e autónoma a sua vontade.”

manifestada/revelada através do procurador de cuidados de saúde que aqui irá assumir um papel de representante.

Neste contexto, facilmente se percebe que a procuração de cuidados de saúde é um instrumento com inúmeras vantagens não só por garantir o respeito pela autodeterminação e pela liberdade do paciente, mas também por ser um instrumento que permite “poupar” os familiares e os médicos da tomada de certas decisões, quebrando-se aquele que seria um possível impacto emocional.<sup>54</sup>

Contudo, é importante referir que a procuração de cuidados de saúde não deve constituir um “cheque em branco”, existindo limites aos poderes que são suscetíveis de se transmitir ao procurador de cuidados de saúde, pois se assim não fosse o mesmo poderia agir no seu próprio interesse em vez de agir no interesse do outorgante. É por esta razão que a própria lei regula um conjunto de requisitos relativos à legitimidade para se assumir a posição de procurador, bem como à capacidade para se assumir a posição de outorgante, os quais serão analisados sucintamente.

Relativamente à legitimidade para assumir a posição de procurador de cuidados de saúde, devemos atender ao disposto no artigo 4.º por remissão do n.º 2 do artigo 11.º da referida lei, e, portanto, à partida, tem capacidade para assumir a qualidade de procurador de cuidados de saúde o maior de idade que não se encontre numa situação de maior acompanhamento e que seja capaz de consentir de forma consciente e esclarecida.

Contudo, existem algumas exceções a esta legitimidade para assumir a posição de procurador pois a mesma está vedada aos funcionários do Registo Nacional de Testamento Vital, bem como aos proprietários e gestores de entidades que prestam cuidados de saúde, restrições estas que se justificam pelo fácil acesso, pelo perigo de abuso que pode comportar e pela possibilidade de existir um conflito de interesses.

Já no que diz respeito à legitimidade para assumir a qualidade de outorgante importa referir que os requisitos são os já mencionados a propósito do procurador de

---

<sup>54</sup>RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “Testamento Vital (Living-will) – Visão de relance sobre aspetos ético-jurídicos de uma figura controversa” in *Data Vénia*, n. 3, ano 2, 2015, pp.5-44

cuidados de saúde, conforme artigo 4.º aplicável por remissão no n.º 2 do artigo 11.º do referido diploma.

Feita esta alusão e porque a procuração de cuidados de saúde é *“um documento em que alguém voluntariamente nomeia um representante para a área dos cuidados de saúde”*, importa referir que o principal poder atribuído ao procurador é o representativo, pelo que o mesmo deve decidir em nome e no interesse do outorgante, ainda que limitado, obviamente, pela ordem pública, bons costumes e boas práticas, conforme resulta do artigo 5.º.

Os poderes conferidos ao procurador não se caracterizam por uma vinculatividade absoluta porque a vinculatividade das decisões do procurador de cuidados de saúde cessa quando ultrapassados os poderes que lhe foram conferidos, portanto, se a atuação do procurador colidir com o interesse do outorgante prevalecerá a vontade deste último sob pena de se estar a violar o direito de liberdade e de autodeterminação do outorgante. Assim, tem-se igualmente defendido que se o médico tiver conhecimento que entre o lapso de tempo decorrido entre a procuração de cuidados de saúde e a intervenção médica, o paciente alterou a sua vontade, deve atender-se a esta alteração e, consequentemente, reger-se pela última vontade manifestada, daí ter de existir alguma cautela quanto à atualidade que como se verá constitui também requisito de validade do consentimento informado.

Em suma, a procuração de cuidados de saúde constitui um instrumento que permite suprir a incapacidade para os cuidados de saúde, no entanto, a mesma só é válida nas situações de maioridade em que o paciente à data tenha capacidade de consentir de forma livre, esclarecida e válida, excluindo-se então as situações de menoridade e as situações em que estejamos perante um maior acompanhado, desde que *“a sentença que a haja decretado vede o exercício do direito pessoal de testar”*. E, além disso, a mesma só é suscetível de ser *“utilizada”* se aquando a necessidade de determinado cuidado de saúde o paciente não se encontrar capaz de manifestar a sua vontade. Pelo que, tem este instrumento vindo a ser entendido como negócio jurídico unilateral que visa a tutela do outorgante que eventualmente assumirá a posição de paciente.

### 3.2 Dever de informação

No âmbito dos requisitos para aferir da validade do consentimento prestado pelo paciente, importa agora abordar o dever de informar, uma vez que este constitui um ponto fulcral na matéria do consentimento informado.

O dever de informar deve ser entendido como obrigação jurídica e deve ser tratado com autonomia relativamente ao dever de obtenção do consentimento, sem prejuízo da conexão intrínseca existente entre ambas as figuras conceptuais.

A questão que agora se coloca é a de saber na esfera de quem se repercute essa obrigação jurídica de informar e esclarecer o paciente acerca de determinado ato médico. O entendimento a seguir é o de que, regra geral, essa obrigação jurídica recai sobre o médico assistente que irá então assumir a posição de devedor. Porém, a verdade é que se tem entendido que no caso de o ato médico ser realizado por uma equipa multidisciplinar esse dever de esclarecer e informar pode ser delegado ou repartido consoante a área de especialização de cada um (uma manifestação do princípio da divisão de trabalho que subjaz ao exercício da atividade médica em equipa, ao lado os princípios de autorresponsabilidade e da confiança).

Por exemplo, imagine-se que um médico propõe a um paciente uma determinada intervenção cirúrgica e que para garantir o sucesso da mesma é necessária a realização de um conjunto de exames para salvaguardar a saúde do paciente e para determinar o tipo de anestesia a administrar. Neste caso, existindo uma multidisciplinariedade médica tem-se entendido que *“cada médico deve dar informação de acordo com a sua especialização”* e, portanto, o médico anestesista deverá prestar a informação relativa ao procedimento de administração de anestesia e obter o consentimento informado específico para administração da mesma, na consulta pré-anestésica, de preferência, ou, não tendo a mesma tido lugar, antes de se iniciar a indução anestésica (*fase pré-operatória*).<sup>55</sup>

A imputação dessa obrigação jurídica ao médico decorre desde logo do artigo 767.º do CC, mas também da própria Lei de Defesa do Consumidor – Lei n.º 24/96, de

---

<sup>55</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes... Ob. Cit.* pp. 360-363

21 de julho, isto se adotado o entendimento de que o paciente é considerado um consumidor de serviços médicos abrangido pelo artigo 2.º do referido diploma. Neste caso, ele beneficiará de um conjunto de direitos entre os quais o direito à informação para consumo, previsto no artigo 8.º do referido diploma.

Além destes instrumentos, também o Código Penal no seu artigo 157.º e a CEDHBio no seu artigo 5.º, impõem um dever de esclarecer e informar o paciente como forma de garantir ao paciente uma decisão tão objetiva quanto possível. E, assim é, porque só prestando as informações necessárias e suficientes ao paciente é que aquele pode formar conscientemente a sua vontade e conseqüentemente decidir, daí o Código Penal dispor que *“o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico, a índole, alcance, envergadura e possíveis conseqüências da intervenção ou tratamento”*.<sup>56</sup>

A importância do dever de informar e esclarecer também advém do facto de no nosso ordenamento jurídico os riscos da intervenção ou tratamento médico apenas se transferirem para a esfera jurídica do paciente se o seu consentimento for informado e esclarecido. Caso contrário, os riscos irão repercutir-se na esfera jurídica do médico.

Neste sentido, merece referência o entendimento adotado pelo Tribunal da Relação de Lisboa no Acórdão proferido a 27 de novembro de 2011, quando dispõe: *“O objetivo principal do dever de esclarecimento é permitir que o paciente faça conscientemente a sua opção, assumindo uma responsabilidade própria perante a intervenção, conhecendo os custos e conseqüências, bem como os seus riscos”*.<sup>57</sup>

Portanto, podemos concluir que o esclarecimento e informação do paciente são impreteríveis pelo facto de só quando o paciente estiver devidamente informado e esclarecido e só depois de lhe ter sido facultado um período de reflexão é que o mesmo está apto a consentir validamente uma determinada intervenção ou tratamento médico.

---

<sup>56</sup>Cfr. Artigo 157.º CP

<sup>57</sup>Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º18450/16.9T8LSB-L.1-7, Relatora Micaela Silva, de 27/11/2011.

Mas antes de passarmos à análise do conteúdo da informação a transmitir ao paciente, importa referir que a informação a prestar deve respeitar os princípios da simplicidade e da suficiência. Significa isto que a informação deve ser transmitida com recurso a expressões suscetíveis de serem compreendidas pelo paciente concreto, pois não podemos descurar o facto de este, à partida, ser leigo em questões médicas, desconhecendo termos técnicos e científicos.

Além da simplicidade da informação a mesma deve ser também suficiente, ou seja, deve prestar-se ao paciente a informação essencial a uma tomada de decisão objetiva, o que significa que também não se deve transmitir ao paciente uma informação excessiva, pois o excesso de informação pode de igual modo ser prejudicial.

Assim e por forma a determinar o *quantum* da informação a transmitir, deve atender-se ao critério do paciente concreto que nos permite afirmar que o conteúdo do dever de informar não é estático, mas sim elástico.

Veja-se a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, espelhado no Acórdão datado de 9 de outubro de 2014, segundo o qual *“Deve usar-se o critério do “paciente concreto”, isto é, dar as informações que aquele concreto paciente precisa de saber ou desejaria conhecer para tomar a sua decisão, com a sua personalidade e capacidade cognitiva”*.<sup>58</sup>

Neste contexto, pode concluir-se que o *quantum* do dever de informar e esclarecer se encontra associado a dois critérios: o critério do “padrão médico”, segundo o qual a informação a transmitir é aferida atendendo à conduta profissional adequada, e o critério do “paciente concreto”, segundo o qual deve atender-se ao perfil do paciente para determinar a informação a transmitir, veja-se o referido por JOÃO VAZ RODRIGUES, segundo o qual *“o critério do paciente concreto permite exigir ao agente médico explicações mais exaustivas e direcionadas, por forma a garantir o direito daquele a tomar decisões que, inclusive, sejam más opções à luz dos critérios do médico e do paciente razoáveis (...)”*.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup>Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 3925/07.9TVPR.T.P1. S1, Relator João Bernardo, de 09/10/2014.

<sup>59</sup>RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado ... Ob. Cit.* p. 258.

Por esta razão, o médico quando transmite ao paciente concreto informação referente ao ato médico, deve avaliar se a mesma foi efetivamente compreendida pelo paciente, isto porque, como já referimos, o paciente só consente validamente se tiver compreendido a informação que lhe foi transmitida.

Aqui chegados, a questão que agora se coloca e que tem sido analisada jurisprudencialmente, é a de saber qual o conteúdo da informação a prestar ao paciente. Será que lhe deve ser transmitida informação relativa aos procedimentos da intervenção? Será que lhe deve ser transmitida informação quanto a todos os riscos da intervenção? Os de ocorrência frequente? E os riscos de ocorrência rara? Em que medida? Será que lhe deve ser transmitida informação quanto às vantagens? Pois bem, estas constituem algumas questões que surgem quando se analisa o dever de esclarecimento e cuja resposta é de extrema relevância, porquanto a mesma poderá determinar a responsabilização penal, civil e disciplinar do médico.

Neste sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de outubro de 2009, quando refere que *“é dever do médico o de dar ao paciente um total e consciente esclarecimento sobre o ato médico que nele se vai realizar, suas características, o grau de dificuldade de necessidade ou desnecessidade, suas consequências e, acima de tudo, sobre o risco envolvente do referido ato médico”*.<sup>60</sup>

Da análise da decisão do Supremo Tribunal de Justiça e da leitura atenta do artigo 157.º do CP, verificamos que ao paciente deve ser transmitida informação referente a diversos aspetos, designadamente acerca do seu diagnóstico clínico. Isto porque, em princípio, quando um paciente procura um médico é porque padece de determinado problema de saúde, impondo-se, assim, a revelação da natureza da doença de que padece, pois, só conhecendo a mesma é que o paciente pode consentir esclarecidamente o tratamento necessário.

---

<sup>60</sup>Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 08B1800, Relator Rodrigues dos Santos, de 15/10/2009.

Porém, pode também suceder que sejam múltiplas as queixas do paciente e nesse caso, coloca-se a questão de saber quais os limites do dever de diagnóstico do médico.

O Professor RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE analisou a questão a propósito da responsabilidade por assunção e entende que *“o médico não é obrigado a averiguar todas as queixas do paciente, embora deva diagnosticar as doenças que se tornem reconhecíveis após o exame e a observação do doente (...)”*.<sup>61</sup> Tal significa que, se o médico, ao observar o paciente ou os resultados dos exames por ele prescritos, se aperceber de certa patologia clínica, deve diagnosticá-la ou indicar um médico especialista para aquela patologia.

A título meramente exemplificativo, pense-se no caso de um paciente que se dirige ao seu médico de família perante o qual se queixa de um cansaço frequente, de frequentes dores abdominais e intestinais bem como da dificuldade nas dejeções, o que o médico associa a um quadro de hemorroidas e possivelmente a uma alimentação desequilibrada, prescrevendo, contudo, alguns exames clínicos.

Ao observar o resultado daqueles exames, o médico confirma que as queixas do paciente se devem a um quadro de hemorroidas; porém, apercebe-se ainda de que aquele paciente padece de um défice de ferro, diagnosticando assim, uma anemia ferropriva cuja causa em nada se relaciona com o quadro de hemorroidas diagnosticado, aconselhando assim o paciente a procurar um médico hematologista (especialista na área do sangue).

Ora, neste caso, embora o médico não estivesse obrigado a averiguar todas as queixas do paciente, apercebeu-se pela observação dos exames prescritos, de que o paciente sofria de uma outra doença, impondo-se assim o dever de diagnóstico e esclarecimento quanto a ambas as doenças.

Neste contexto, diagnosticada a doença e transmitida a sua natureza ao paciente, impõe-se a transmissão de informação relativamente aos tratamentos

---

<sup>61</sup>ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, Responsabilidade Civil por Violação de deveres no Tráfego, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 583. - Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Civis na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.



necessário daí o Código Penal dispor “(...) índole, alcance, e envergadura do tratamento<sup>62</sup>”. Significa isto que ao paciente deve ser transmitida informação acerca do tratamento adequado para o quadro clínico diagnosticado, isto é, deve informar-se o paciente se é necessária uma intervenção cirúrgica ou se é suficiente a via medicamentosa, sobretudo quando estão em causa tratamentos invasivos ou em que é necessária a administração de medicamentos com graves efeitos secundários.

A questão relativa ao tratamento médico não é também ela simples porquanto nos dias que correm são diversificadas as alternativas de tratamento tal como têm vindo a merecer maior acolhimento e adesão as designadas “medicinas alternativas”.

A multiplicidade de alternativas impõe aos profissionais de saúde um estudo constante e uma ponderação concreta daquelas que se consideram mais adequadas e seguras. Nesta sede, afiguram-se interessantes e relevantes, as considerações do Professor RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE a propósito dos casos de recurso à *medicina natural*.

Neste caso, à semelhança do que sucede nos demais ramos da medicina, o especialista em “medicina natural” deve ponderar os tratamentos possíveis e informar o paciente, caso considere que a medicina tradicional não é uma opção viável (por exemplo, por implicar um certo perigo para o paciente), não descurando, obviamente, que aquele deve optar pela alternativa que comporte menos perigos e por isso se afigure mais segura para aquele paciente.

Significa isto que, este especialista deve por um lado ponderar a possibilidade de não tratar o paciente e por outro lado a possibilidade de tratar o paciente através de um tratamento que comporte alguns perigos para a saúde deste.

Pode, porém, suceder, que o médico especialista opte por tratar o paciente através de um tratamento ao qual se encontrem associados alguns riscos e perigo para o paciente, desconhecendo, ou até ignorando, a possibilidade de optar por outros tratamentos que comportem um risco menor. Caso em que, segundo o Professor RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, se assiste a uma violação dos deveres de cuidado

---

<sup>62</sup>Cfr. Artigo 157.º CP

que sobre aquele impendiam pois não diligenciou pela aplicabilidade de um tratamento apropriado e adequado. É por esta razão que, assume extrema relevância o estudo constante dos médicos e a sua atualização quanto aos tratamentos e alternativas possíveis, as quais devem ser ponderadas e informadas e esclarecidas ao paciente.<sup>63</sup>

O conteúdo do dever de informar não se fica pela transmissão de informação referente ao diagnóstico e tratamento, impondo-se ainda a transmissão de informação referente às vantagens e inconvenientes do tratamento proposto, sendo que a transmissão de informação referente aos riscos é a que tem suscitado mais divergência e fundamentado múltiplas ações judiciais de responsabilização médica.

O principal problema jurídico é o da delimitação dos riscos que o médico deve transmitir ao paciente, pois uma informação insuficiente acerca dos riscos da intervenção é suscetível de provocar erro-vício no consentimento do paciente e consequentemente suscitar uma ilicitude civil e até penal.<sup>64</sup>

O entendimento tradicionalmente adotado é o de que, regra geral, devem ser comunicados *“os riscos tidos como previsíveis e sérios”*, contudo, se estiver em causa uma intervenção de particular risco admite-se que sejam comunicados os riscos graves dessa intervenção mesmo que sejam de ocorrência excecional.<sup>65</sup>

Neste sentido tem pertinência a análise da teoria dos riscos significativos recentemente avançada pelo Professor ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, segundo a qual *“devem ser comunicados os riscos significativos, isto é, aqueles que o médico sabe ou deveria saber que são importantes e pertinentes para uma pessoa normal colocada nas mesmas circunstâncias do paciente chamado a consentir com conhecimento de causa no tratamento proposto”*.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup>ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *Responsabilidade Civil por Violação de deveres no Tráfego*, Ob. Cit. p. 584

<sup>64</sup>RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Responsabilidade Médica...* Ob. Cit. pp. 345-346

<sup>65</sup>Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 308/09.0TBCBR.C1. S1, Relator Mário Mendes, de 16/06/2015.

<sup>66</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias; *O Consentimento Informado...* Ob. Cit. p. 396

Assim, para o Professor ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, o risco será considerado significativo em função dos seguintes critérios: necessidade terapêutica, frequência, gravidade e comportamento do paciente.

O critério da necessidade terapêutica da intervenção cinge-se à regra de que quanto mais necessária é a intervenção menos relevante é a informação relativa aos riscos; o que significa que no caso das intervenções cuja finalidade não é terapêutica, por exemplo, as intervenções puramente estéticas, a regra é de que a informação assume um papel de maior relevância.

Apesar deste ser o entendimento adotado pelo Professor ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA e compreendermos que exista uma divergência na relevância atribuída à informação acerca dos riscos da intervenção, consoante a necessidade e urgência da mesma, não partilhamos do entendimento de que a relevância da informação acerca dos riscos deva divergir consoante a intervenção tenha ou não finalidade terapêutica devendo, no limite, ser a mesma, partilhando assim do entendimento de DÍAZ-REGAÑÓN.<sup>67</sup>

Ou seja, compreende-se que a necessidade e o caráter urgente de determinada intervenção possam determinar uma diminuição da informação a transmitir (se essa transmissão da informação implicar perigo para a saúde ou vida do paciente), mas não se compreende que o grau de informação e sua relevância divirjam consoante a finalidade da intervenção seja ou não terapêutica, pois para tal não existe qualquer fundamento.

Por sua vez, o critério do risco significativo em razão da sua frequência assenta na ideia de que quanto maior for a probabilidade de determinado risco ocorrer, mais se justifica informar o paciente da sua possível ocorrência. Pelo contrário, quando a probabilidade de ocorrência de determinado risco é diminuta então a obrigação de informar é atenuada.

Por fim, entende-se ainda que um risco pode ser considerado significativo em função da sua gravidade e por isso a gravidade de determinado risco, ainda que de

---

<sup>67</sup>DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Aranzado, 1996.

ocorrência pouco frequente, implica a sua comunicação ao paciente. Sendo que, essa gravidade pode variar atendendo ao comportamento do paciente, isto é, em função das suas características físicas, psíquicas, profissionais e até culturais.<sup>68</sup>

Em suma, ainda que o dever de informar e esclarecer possa variar em função do paciente concreto, a verdade é que o mesmo *“deve compreender esclarecimentos sobre o diagnóstico e estado de saúde, meios e fins do tratamento, prognóstico, natureza do tratamento proposto, consequências secundárias do tratamento proposto, riscos e benefícios do tratamento proposto, em especial riscos frequentes e riscos graves, alternativas ao tratamento proposto, seus riscos e consequências secundárias, aspetos económicos do tratamento”*.<sup>69</sup> Sendo que no que se reporta aos riscos da intervenção, como já referi, podemos concluir que devem ser transmitidos os riscos significativos em função dos critérios acima analisados.

Neste contexto, podemos concluir que o consentimento prestado pelo paciente, sem lhe ter sido transmitida informação suficiente acerca da intervenção, designadamente, acerca dos riscos da mesma, configura uma situação de consentimento viciado e inválido porquanto a informação não foi suficiente para o paciente se autodeterminar e decidir conscientemente.

Assim, tem-se entendido que ao não existir um consentimento devidamente informado e esclarecido, a intervenção é ilícita e presumivelmente culposa, conforme resulta do disposto no artigo 799.º, n.º 1 do CC. Por isso, o entendimento que tem vindo a ser jurisprudencialmente adotado é o de que a violação do dever de esclarecer o paciente constitui fundamento bastante para uma responsabilização médica.<sup>70</sup>

Porém, no âmbito de uma ação de responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado, é de extrema relevância determinar se da intervenção não consentida resultaram ou não danos para o paciente porquanto divergem os danos ressarcíveis.

---

<sup>68</sup>*Idem*, pp. 396 -416

<sup>69</sup>Cfr. Ac. STJ., de 09/10/2014, supra indicado na nota <sup>58</sup>

<sup>70</sup>Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1. S1., Relatora Maria da Graça Trigo, 22/03/2018

No caso de estarmos perante uma intervenção médica arbitrária, isto é, sem ter sido obtido o consentimento do paciente ou o mesmo estar viciado, e a mesma não ter sido concluída com sucesso, concretizando-se riscos não comunicados ou danos, assiste-se a uma violação da liberdade e integridade física e moral do paciente. Pelo que, devem ser ressarcidos quer os danos não patrimoniais que advêm da violação do direito de autodeterminação, liberdade e integridade física, quer os danos patrimoniais que advêm do agravamento do estado de saúde do paciente conforme resulta do disposto nos artigos 70.º e 483.º do CC.<sup>71</sup>

A título meramente exemplificativo e em termos sucintos, veja-se o caso do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de março de 2018, no qual determinada paciente foi submetida a um exame de colonoscopia, sem função curativa, da qual resultou a perfuração de colon da paciente bem como o agravamento do seu estado de saúde, tendo então a mesma alegado não ter sido suficientemente informada. E, portanto, numa situação destas, são várias as questões que se colocam e cuja resposta é impreterível para determinar a eventual responsabilização do médico.

Desde logo, surge a questão de saber se o médico obteve o consentimento do paciente e se esse consentimento é válido, pois como já referimos só um consentimento válido permite a transferência dos riscos da intervenção para a esfera jurídica do paciente, constituindo assim o seu consentimento uma causa de justificação, nos termos dos artigos 81.º e 340.º do CC e artigo 157.º do CP.

No caso dos autos verificamos que a paciente assinou um documento denominado de “*Consentimento Informado*” através do qual declarou estar consciente dos riscos, complicações ou sequelas que possam surgir. Contudo, a verdade é que, a mera assinatura de um formulário não pressupõe a existência de um consentimento válido. Até porque, no caso em análise, a paciente já havia sido intervencionada nos intestinos existindo um risco de perfuração superior ao normal, agravado em função da idade, que não lhe foi comunicado e, por isso, estamos perante a violação efetiva do dever de esclarecer, logo, perante um consentimento inválido.

---

<sup>71</sup>Cfr. Ac. STJ de 22/03/2018, supra indicado na nota <sup>70</sup>

No entanto, a verdade é que além de estarmos perante uma violação do dever de esclarecimento, a intervenção não obteve êxito, resultando da mesma uma perfuração do colon acompanhada do agravamento do estado de saúde da paciente, além da violação do dever de esclarecimento, o médico viola o direito de autodeterminação da paciente – porquanto violou a possibilidade desta decidir esclarecidamente –, mas também viola a integridade física daquela, porquanto a intervenção não foi validamente consentida, sendo, assim, ilícita. Logo, estamos perante um caso em que devem ser indemnizáveis, não só os danos patrimoniais derivados do agravamento do estado de saúde, como os danos não patrimoniais.

Significa isto que o médico poderá ser responsabilizado civilmente, pois existe uma conduta ilícita que se traduz na violação da obrigação de o médico obter o consentimento informado da paciente, presuntivamente culposa e em que a intervenção médica arbitrária é causa adequada ao dano.<sup>72</sup>

Por outro lado, pode também suceder a intervenção médica ser arbitrária porque não foi obtido o consentimento do paciente ou o mesmo não é válido e da intervenção não resultarem quaisquer danos. Neste caso, a doutrina tem entendido que existe uma *“violação corporal, com lesão de incolumidade pessoal a par da infração do direito de autodeterminação ou liberdade de decisão”*.<sup>73</sup>

Entende-se que existe um dano moral que advém da intervenção arbitrária do médico, isto é, lesa-se um direito de personalidade do paciente que é o direito de o mesmo se autodeterminar, pelo que o entendimento maioritário é o de que também neste caso o médico poderá ser responsabilizado civilmente, nos termos do artigo 70.º, n.º 2 e 483.º do CC.

Este entendimento que tem vindo a ser adotado no nosso ordenamento jurídico tem também sido adotado no ordenamento jurídico espanhol, que numa decisão do Tribunal Supremo se considerou que a violação do direito a ser informado constitui um dano moral grave, distinto do dano corporal que advém da intervenção.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup>Cfr. Ac. STJ de 22/03/2018, supra indicado na nota <sup>70</sup>

<sup>73</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias; *Direitos dos Pacientes... Ob. Cit.* pp. 400-407

<sup>74</sup>Cfr. Decisão da Sala 3.ª do Tribunal Supremo, de 04/04/2000.

A questão que se coloca no caso de uma intervenção arbitrária concluída com êxito, isto é, sem qualquer dano ou consequência para o paciente, é em que termos será o médico responsabilizado, pois enquanto que para um setor doutrinário existe uma violação do direito de personalidade, independentemente de haver uma melhoria do estado de saúde do paciente, para outro setor essa melhoria no geral do estado de saúde deve ser considerada no cálculo do dano indemnizável, ainda que exista sempre uma violação do direito de autodeterminação.<sup>75</sup>

Perante esta divergência, quanto ao dano indemnizável, aderimos ao entendimento de que estaremos sempre perante uma lesão da autodeterminação do paciente, porém não se deve descurar o facto de ter existido uma melhoria do seu estado de saúde, impondo-se, assim, uma ponderação dos danos e dos custos-benefícios.

Posto isto, reitera-se o entendimento mencionado no ponto 2.3 da presente dissertação, na qual respondemos afirmativamente ao problema jurídico de saber se o médico poderia ser responsabilizado por se ter esquecido de informar o paciente antes de obter o seu consentimento, ainda que a intervenção tenha sido realizada por indicação médica, com finalidade terapêutica e de acordo com as *legis artis*. Isto porque, como já mencionámos, independentemente de existir uma melhoria geral do seu estado de saúde, a verdade é que o direito de autodeterminação do paciente foi lesado, isto é, violou-se o direito de o paciente decidir livre e conscientemente.

Além disso, o facto de o paciente não ter sido previamente informado e esclarecido determina a invalidade e ineficácia do consentimento prestado, pelo que a intervenção médico-cirúrgica se tem por não consentida e configura uma ofensa à integridade física, suscetível de gerar a responsabilidade civil e penal do médico (artigo 483.º do CC e 156.º, n.º1 do CP conjugado com o artigo 157.º do CP).

Em suma, podemos concluir que o esclarecimento é um requisito cuja verificação é imprescindível para aferir da validade do consentimento informado e que assume duas finalidades cruciais: em primeiro lugar visa permitir ao paciente uma decisão objetiva e

---

<sup>75</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado... Ob. Cit.* pp. 121-128.

consciente; e em segundo lugar visa colmatar a desigualdade de posições, pois, regra geral, o médico é um agente profissional dotado de conhecimentos técnicos e científicos e o paciente é um leigo na matéria.

Portanto, o consentimento só é dotado de validade e eficácia (quer na perspectiva de responsabilidade penal, como da perspectiva da responsabilidade civil) quando o paciente tenha sido devidamente esclarecido acerca do diagnóstico, da necessidade, da natureza, bem como dos riscos da intervenção.<sup>76</sup>

### **3.3 Liberdade e voluntariedade**

A liberdade e voluntariedade constitui um outro requisito do qual depende a validade do consentimento informado.

Este, encontra-se regulado em diversos instrumentos, nomeadamente na Lei nº 15/2014, de 21 de março, no artigo 3º, nº1, bem como no próprio artigo 5.º da CEDHBio, quando dispõe: *“Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efetuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre (...)”*.

À semelhança do que sucede nas demais declarações negociais, entende-se que o consentimento do paciente só é válido se for isento de manipulações ou influências exteriores, o que significa que o consentimento só é eficaz se prestado racionalmente pelo paciente num momento em que se encontrava isento de constrangimentos.

Assim, se o paciente presta o seu consentimento e no momento em que o presta está a ser alvo de coação, o seu consentimento não é voluntário e, por isso, é inválido uma vez que foram violados os princípios da autonomia, liberdade, bem como o direito de autodeterminação que constituem o núcleo do consentimento informado.

---

<sup>76</sup>*Idem*, pp.176-178.



### 3.4 Atualidade

O consentimento informado deve ser prestado pelo paciente em momento anterior a um ato médico em concreto e só vale para esse ato médico. O que significa que, para cada ato médico, é necessário o consentimento informado do paciente.<sup>77</sup>

Pense-se, por exemplo, no caso em que o paciente prestou o seu consentimento para determinada intervenção e que a mesma não foi suficiente para resolver definitivamente o problema de saúde do paciente, sendo necessária uma segunda intervenção.

A primeira intervenção é lícita porque foi validamente consentida pelo paciente, mas o consentimento prestado para esta intervenção não se transfere para a segunda, ainda que com o mesmo objeto. Por isso, a segunda intervenção só será válida se for obtido novo consentimento do paciente.

Em suma, o consentimento prestado deve ser atual, porquanto só vale para um ato médico em concreto.<sup>78</sup>

## 4. Tempo do consentimento e da informação

O consentimento do paciente, assim como a informação relativa a determinado ato médico, devem ser prestados em momento que antecede a intervenção, como já referimos. Assim sendo, só antes da intervenção médica e depois de prestada a devida informação, é que o paciente está em condições de ponderar os interesses em causa e deste modo decidir ou não por aquela intervenção ou tratamento.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup>QUIROGA, Jacobo López Barja de, *Derecho Penal, Parte general II, Introducción a la teoría jurídica del delito*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 140-210

<sup>78</sup>RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Direito da Medicina I, Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp.5-51.

<sup>79</sup>QUIROGA, Jacobo López Barja de, *Derecho Penal... Ob. Cit.* pp. 140-210

Porém, essa ponderação não é imediata, e é necessário tempo para o paciente refletir acerca dos riscos e benefícios da intervenção, é o que se designa de “período de reflexão”.

O período de reflexão encontra-se consagrado quer no artigo 45.º, n.º 2 do CDOM, quer na Norma 15/2013 da Direção Geral da Saúde, que impõe a necessidade de o paciente que se vai submeter à intervenção ou tratamento “*avaliar qualitativamente a informação e os esclarecimentos recebidos*”.<sup>80</sup>

No nosso ordenamento jurídico, a regra geral é a de que não se encontra delimitado temporalmente o período de reflexão, devendo o mesmo corresponder ao tempo necessário a uma decisão livre, consciente e objetiva.

Contudo, existem algumas exceções, isto é, existem casos em que o período de reflexão se encontra pré-definido na lei. Veja-se a título de exemplo, o caso de interrupção voluntária da gravidez em que o consentimento da paciente deve ser prestado com a antecedência mínima de três dias relativamente à data da intervenção, conforme resulta do disposto no artigo 142º, nº 4, alínea a) do Código Penal.

Além disso, casos existem em que este período de reflexão não é concedido, pense-se nas emergências médicas e nas situações em que a intervenção é necessária e simples. No primeiro caso compreende-se facilmente que o período de reflexão não seja concedido ao paciente, uma vez que esse lapso temporal poderia ser suscetível de agravar o seu estado de saúde ou até colocar em causa a sua própria vida. No segundo caso, pense-se a título exemplificativo, no caso de um paciente se dirigir a uma urgência hospitalar por padecer de fortes dores e ser apenas necessária uma cirurgia em ambulatório para a remoção de um quisto sebáceo. Neste caso, a intervenção não é invasiva e por isso não é necessário um período de reflexão prolongado, pelo que a informação é prestada e, tendencialmente, o paciente decide no momento imediatamente seguinte.

---

<sup>80</sup>Cfr. ponto D do texto de apoio da norma n.º 15/2013 da DGS supra indicada na nota <sup>33</sup>

Em suma, o consentimento do paciente e a informação acerca da intervenção ou tratamento médico, devem ser prestados em momento anterior ao da intervenção, devendo o consentimento manter-se ao longo de toda a intervenção.

## **5. Revogabilidade do consentimento**

No nosso ordenamento jurídico e ainda como manifestação da liberdade e autonomia do paciente, foi consagrada a possibilidade de o paciente dissentir determinada intervenção e revogar livremente o seu consentimento.

O dissentimento pode ser prévio e, portanto, é comunicado numa fase inicial em que o paciente repudia informações, exames ou tratamentos e pode ser posterior, que é o mais frequente, e que consiste na possibilidade de o paciente revogar uma decisão que havia tomado anteriormente.

Pense-se no caso em que o paciente consentiu uma determinada intervenção médica, mas posteriormente decide revogar a sua decisão e retirar o consentimento que havia prestado; neste caso, estamos perante um dissentimento posterior. Pelo que, podemos afirmar que a legitimidade de dissentir está inerentemente associada à vontade do paciente.<sup>81</sup>

A consagração da possibilidade de o paciente revogar o consentimento que já havia prestado, encontra-se não só no artigo 5º *in fine*, da CEDH Bio, quando o mesmo dispõe que o paciente “(...) *pode em qualquer momento revogar livremente o seu consentimento*”, mas também na própria Norma da Direção Geral da Saúde (DGS), que no ponto décimo, estipula que o consentimento é revogável a todo o tempo e que a essa livre revogabilidade não se encontra associada qualquer exigência de forma.<sup>82</sup>

No entanto, a retirada do consentimento pelo paciente pode não ser respeitada, pense-se, por exemplo, nos casos em que o paciente revoga o consentimento durante

---

<sup>81</sup>RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado... Ob. Cit.* pp.361-366.

<sup>82</sup>Cfr. Ponto 10 da norma da DGS, supra indicada na nota <sup>33</sup>

uma intervenção médica e a não conclusão da mesma envolve prejuízos e danos sérios para a vida, integridade ou até saúde do paciente. Nestes casos, tem-se entendido que o médico pode continuar a intervenção, integrando-se este dever de agir naquelas que são as regras de conduta e obrigações profissionais impostas aos médicos, cf. artigo 4º CEDH Bio.

Pese embora o consentimento seja livremente revogável, tem-se entendido que o paciente que pretenda revogar o seu consentimento deve ser informado das consequências dessa revogabilidade, pois só mediante essa informação o paciente pode decidir de forme consciente e objetiva.<sup>83</sup>

Em síntese, o consentimento que o paciente havia prestado pode ser revogado a todo o tempo, não carecendo essa revogação de qualquer formalidade além da prestação da informação acerca das consequências da retirada do consentimento.

## **6. Forma do consentimento**

No direito civil português vigora o princípio da consensualidade, também designado de princípio da liberdade de forma (artigo 219.º do CC).

Este princípio traduz-se na ideia de que, exceto nos casos em que a lei expressamente exija uma forma especial, nomeadamente a forma escrita, vigora a liberdade de forma.

A matéria do consentimento informado não é exceção, pelo que, do mesmo modo, também no contrato médico a regra é a oralidade (artigos 219.º do CC e 38.º do CP). Logo, quando a lei não exija forma especial (tendencialmente a forma escrita), o mais comum é o consentimento ser prestado oralmente (artigo 48.º CDOM).<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup>Cfr. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, Consentimento informado - Relatório Final, 2009, disponível online: [https://www.ers.pt/uploads/writer\\_file/document/73/Estudo-CI.pdf](https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf).

<sup>84</sup>*Idem*, p. 26

A forma escrita para o consentimento “*é exigível nos casos expressamente determinados na lei ou no regulamento deontológico*”, o que nos leva a crer que essa exigência ocorra sobretudo quando estão em causa intervenções mais invasivas e com elevado risco, fundamentando-se essa exigência por razões de segurança jurídica, mas também por razões probatórias, pois a prova é facilitada se devidamente documentada.

Neste contexto, a Norma n.º 15/2013 da DGS, qualifica como invasivas uma série de intervenções, entre as quais se destaca a interrupção voluntária da gravidez, o diagnóstico pré-natal, os ensaios clínicos e até os casos de doação sanguínea.<sup>85</sup>

Pense-se, por exemplo, no caso de doação de sangue, regulamentado pela Lei n.º 37/2012 de 27 de agosto. Nestes casos, a dádiva de sangue depende da prestação prévia do consentimento pelo doador, devendo aquele ser formalizado por escrito através do preenchimento de formulário, conforme o artigo 5º do referido diploma.

Um segundo caso em que é exigida a forma escrita para a prestação do consentimento informado é o da investigação clínica em seres humanos, que constitui umas das áreas mais invasivas e, por isso, exaustivamente regulada internacionalmente.

Veja-se a propósito dos ensaios clínicos, o Decreto-Lei n.º 97/94, de 9 de abril, atualmente revogado, que já na década de 90, dedicava um artigo à questão do consentimento informado, dispondo o artigo 10.º, n.º 1 que o consentimento “*deve ser livre, esclarecido, expreso e dado por escrito*”. Se assim não fosse, isto é, se não fossem respeitados estes requisitos, nomeadamente, a forma, então o consentimento que havia sido prestado era ineficaz (artigo 10.º, n.º 2).

Atualmente, também a Lei n.º 21/2014 de 16 de abril, referente à Investigação Clínica, na alín. I) do artigo 2.º, dispõe que em certos casos é exigida a forma escrita para o consentimento informado.

Em síntese, a exigência de forma em determinadas situações visa, uma vez mais, a tutela dos direitos do paciente que se encontram constitucionalmente consagrados e que já nesta dissertação foram referidos.

---

<sup>85</sup>Cfr. Ponto 5º da norma da DGS, supra indicada na nota <sup>33</sup>

## **7. Exceções à necessidade de obtenção do consentimento informado**

Analizados os requisitos de validade do consentimento informado e a forma através do qual deve o mesmo ser prestado, importa referir que existem situações que constituem exceções à necessidade da sua obtenção.

Assim, apesar do consentimento informado constituir um requisito fundamental para aferir da licitude da intervenção médica, conforme resulta do estipulado no artigo 5.º CEDH Bio e do artigo 3.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, impõem-se algumas exceções à necessidade de o mesmo ser obtido, tendo-se, ainda assim, a intervenção médica por lícita.

Vejamos então as situações de exceção, que, em parte, acabam também por constituir limites ao dever de esclarecimento e de informação.

### **7.1 Urgências**

As situações de urgência médica constituem uma das exceções da necessidade de informar o paciente e de obter o seu consentimento conforme resulta do disposto no artigo 8.º da CEDH Bio e artigo 7.º CDOM.

Existe uma situação de urgência médica sempre que se impõe uma intervenção rápida e indispensável e cuja não intervenção imediata é suscetível de provocar a agravação do estado de saúde do paciente e até de colocar em risco a sua própria vida.<sup>86</sup>

No entanto, neste tipo de situações assistimos a um conflito de direitos e deveres, pois, por um lado está consagrado o direito de o doente consentir certo ato médico e por outro lado o dever de o médico obter o consentimento informado do paciente, bem como o dever de auxílio; ora, prova desse conflito de direitos e deveres são os próprios preceitos do Código Penal, nomeadamente o artigo 156º que pune as intervenções médico-arbitrárias e o artigo 284º, que pune a recusa de auxílio por parte

---

<sup>86</sup>JACQUEMOT, Armelle Giglio., “A Definição de urgência e emergência: critérios e limitações” in *Urgências e emergências em saúde, perspectivas de profissionais e usuários*, 2005, disponível online: <http://books.scielo.org/id/zt4fg/pdf/giglio-9788575413784-02.pdf>

do médico. Portanto, a questão que agora se coloca é a de saber, perante este conflito, qual deles deve prevalecer mediante uma ponderação jurídico-concreta.

A questão é facilitada mediante o recurso a uma situação exemplificativa, pense-se no caso de uma pessoa que sofreu um acidente que colocou em perigo a sua vida e cujo tratamento pressupõe uma intervenção cirúrgica invasiva, com finalidade curativa e de caráter urgente, e que em virtude do acidente sofrido o paciente não está em condições de prestar o consentimento devido.

Neste tipo de situações, a nossa ordem jurídica, tende a impor ao médico o dever de agir, mesmo sem a obtenção do consentimento informado. Caso contrário, o médico incorreria em responsabilidade por omissão em virtude do dever de garante que sobre si recai enquanto ente profissional.

Dito de outro modo, segundo o artigo 156º, n.º 2, alínea a) do CP, a intervenção médica em situações de urgência é permitida e até imposta (*i.e.*, a intervenção não é considerada ilícita e punível), e assim é porque a não intervenção (*i.e.*, a não realização da cirurgia), naquele momento é suscetível de colocar em perigo a vida do paciente ou o agravamento do seu estado de saúde.

Portanto, atendendo e ponderando os bens jurídicos aqui em confronto, compreende-se que se imponha ao médico o dever de agir, independentemente da obtenção do consentimento informado.

A imposição deste dever de agir fundamenta-se na vontade hipotética do paciente, isto é, na presunção de que se consciente o paciente consentiria aquela intervenção, é o designado consentimento presumido.<sup>87 88</sup>

Assim, o consentimento presumido emerge como uma causa de justificação a que é feita referência no Código Penal (artigo 39.º), no Código Deontológico da Ordem dos Médicos (artigo 47.º), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina (artigo 9.º) e no próprio Código Civil (artigo 340.º).

---

<sup>87</sup>Cfr. anotações aos artigos 39º e 156º CP in GARCIA M. Miguez e RIO, J.M. Castela, *Ob. Cit.*

<sup>88</sup>QUIROGA, Jacobo López Barja de, *Derecho Penal ... Ob. Cit.*, p. 154

A aplicabilidade desta causa de justificação circunscreve-se às seguintes situações: o paciente encontra-se incapaz de prestar o seu consentimento e não está legalmente representado; a intervenção médica é urgente e inadiável; e mediante um *“juízo ex ante, de prognose póstuma, de acordo com um juízo do homem médio colocado na posição de agente e munido dos especiais conhecimentos do agente”*, aquele consentiria a intervenção, cf. artigos 39º, n.º 2 e 156º do CP.<sup>89</sup>

Por este motivo e face ao requisito da inadiabilidade da intervenção médica, podemos concluir que esta causa de justificação não é suscetível de ser aplicada às intervenções cuja finalidade não seja terapêutica.<sup>90</sup>

Além disso, é pressuposto *“não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”*, o que por si só denota a relevância da vontade e autonomia do paciente caso este se encontrasse capaz de consentir a intervenção. Portanto, a intervenção médica só se tem por legalmente justificada se realmente exprimir a vontade própria do paciente.

Em termos de punibilidade do médico e de acordo com o n.º 2 do artigo 39.º do CP, não é suficiente uma mera suposição de que o paciente recusaria a intervenção, impondo-se a produção de prova que permita concluir com segurança que o consentimento seria recusado.

Neste contexto, o Professor ORLANDO DE CARVALHO entende que os casos abrangidos por esta causa de justificação, em termos penais, só isentam de responsabilidade civil se também estiverem preenchidos os requisitos do consentimento presumido que constam do n.º 3 do artigo 340.º do CC ou de outras causas de exclusão da ilicitude.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup>Cfr. Ac. STJ de 02/06/2015 supra indicado na nota <sup>35</sup>.

<sup>90</sup>Neste sentido, veja-se o Ac. STJ de 02/06/2015, supra indicado na nota <sup>35</sup> que no que diz respeito às cirurgias estéticas por estar em causa a imagem, o corpo, a identidade, e no caso dos autos o órgão genital bem como a sua vida sexual e íntima, não é possível a aplicabilidade da figura do consentimento presumido por não estarem preenchidos os respetivos pressupostos. Isto porque, o consentimento presumido *“foi pensado para cobrir as intervenções cirúrgicas indispensáveis ao tratamento de uma pessoa agredida ou acidentada, que não ficou em condições de exprimir a sua vontade (...)”* não estando assim abrangidas as intervenções cuja finalidade não seja terapêutica.

<sup>91</sup>CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1981, p. 194



Portanto, para haver exclusão da responsabilidade civil é necessário que a lesão se tenha dado no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.

Deste modo, o médico deve adotar diligências no sentido de saber qual é a vontade real ou presumível do paciente, isto é, o médico deve recorrer a tudo o que seja possível para descortinar a vontade do paciente, nomeadamente, recorrer a familiares com que o paciente tenha uma relação próxima, recorrer a representantes se os houver e até a diretivas antecipadas de vontade se o médico deles tiver conhecimento e acesso.<sup>92</sup>

Em suma, em situações de urgência em que é necessária uma intervenção médica para salvaguardar a saúde ou vida do paciente, que naquele momento se encontra incapaz de prestar o seu consentimento, e as circunstâncias permitam supor que aquele consentiria a intervenção se conhecesse os contornos, há consentimento presumido e, por isso, uma justificação da atuação médica que se impõe.

Nas palavras autorizadas do Ilustre Civilista que foi o Professor ANTUNES VARELA, é nestas situações em que o paciente não está em condições de entender o esclarecimento e, em conformidade com o mesmo, emitir a sua decisão de consentimento, que o consentimento presumido tem um «*campo especial*» de aplicação:

*«Tem-se por existente o consentimento do lesado nos casos em que a lesão se operou no seu interesse e de acordo com a sua vontade presumível (art.º 340. º, 3): requisito paralelo ao estabelecido nos artigos 465. º e 468. º, 1, para a gestão de negócios. Esta presunção tem um campo especial de aplicação no caso das intervenções cirúrgicas em que o doente não está em condições (de discernimento ou de livre determinação) de dar o seu consentimento ou de permitir o alargamento da intervenção a outros órgãos afetados.»*<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup>Cfr. Artigo 340º, n. º3 CC.

<sup>93</sup>Cfr. VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 561

## 7.2 Autorizações legais

As autorizações legais constituem uma exceção à necessidade de obtenção do consentimento informado do paciente, através da qual se permitem, em certas circunstâncias, intervenções ou tratamentos médicos sem a obtenção do consentimento do respetivo paciente. Ou seja, em certas situações mediante uma autorização legal considera-se lícita a intervenção médica levada a cabo sem o consentimento do respetivo paciente.<sup>94</sup>

O fundamento da consagração desta exceção prende-se com a necessidade de garantir o respeito pelo direito de autodeterminação que constitui um direito inviolável, tal como o direito à integridade corporal. Contudo, importa ter presente que apesar destes constituírem direitos invioláveis, essa inviolabilidade não é absoluta, sobretudo, quando estiverem em causa interesses preponderantes e legalmente protegidos, especialmente, quando se trate de saúde pública.<sup>95</sup>

A saúde pública constitui um direito constitucionalmente consagrado, que integra a classe de interesses sociais preponderantes, tal como as situações de vacinação obrigatória e os tratamentos obrigatórios de infeções contagiosas.

Neste contexto e atendendo às situações acima mencionadas, compreende-se a imposição de limites ao direito de autodeterminação do paciente, na medida em que essa autodeterminação seja suscetível de colocar em perigo bens jurídicos de terceiros também constitucionalmente protegidos.<sup>96</sup>

Neste tipo de situações e com fundamento na necessidade de proteger a saúde e segurança pública, bem como na necessidade de proteger os direitos e liberdades de terceiros, o artigo 26.º CEDH Bio, admite uma limitação aos direitos ali consagrados,

---

<sup>94</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado... Ob. Cit.* pp. 564-611

<sup>95</sup>Neste sentido, veja-se a afirmação de CAPELO DE SOUSA “tanto o direito à integridade corporal como o direito à autodeterminação corporal, na hierárquica de interesses legais, cedem face a interesses sociais preponderantes” – cfr. SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 227-228.

Veja-se ainda que, as autorizações legais, como exceção ao dever de obtenção do consentimento informado, também se encontram consagradas no ordenamento jurídico espanhol quando de saúde pública se trate – cfr. LO 3/1986, de 14 de abril (BOE de 29 de abril) – artigos 2.º e 3.º

<sup>96</sup>Vide Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo nº 0546541, Relatora Alice Santos, de 03/05/2006.

entre os quais, o direito ao consentimento informado (artigo 26.º, n.º 1 e artigo 5.º CEDH Bio).

A regulação das autorizações legais também tem lugar na Convenção dos Direitos do Homem e existem já decisões jurisprudenciais que também lhe fazem referência.

Importa, desde já, referir que em situações limite e de perigosidade agravada pode justificar-se como medida de segurança o internamento do paciente, conforme resulta do disposto nos artigos 27.º, n.º 1 da CRP e 5.º, n.º 1, al. e) da CEDH. Contudo, neste caso, estaremos novamente perante uma colisão de direitos, por um lado o direito de autodeterminação e o direito à liberdade (artigo 25.º e 27.º CRP) e por outro lado o direito à saúde pública (artigo 64.º CRP).

Na nossa opinião, o estudo desta questão é facilitado mediante o recurso a situações práticas. Pense-se no caso de um paciente que sofre de tuberculose, que como se sabe é uma doença contagiosa, suscetível de colocar em perigo e em risco a saúde pública se não forem adotados os cuidados e tratamentos necessários, e que aquele recusa o tratamento.<sup>97</sup>

Perante este comportamento de recusa do tratamento, a questão que se tem vindo a colocar é a de saber que medidas adotar, isto porque o facto de o doente ignorar que padece de uma doença contagiosa é suscetível de colocar em perigo a saúde pública e consequentemente a vida de terceiros.

Neste sentido, veja-se a decisão proferida pelo Tribunal da Relação do Porto a 06 de fevereiro de 2002, que apresenta como medida aplicável a este tipo de situações, o internamento compulsivo dos doentes.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup>Neste sentido, veja-se a Portaria n.º 1070/98, de 31 de dezembro, que atendendo a critérios como a gravidade das doenças e o elevado risco de contágio das mesmas, tipifica um elenco de doenças cuja declaração é obrigatória, entre as quais consta a tuberculose. Veja-se ainda que, o próprio Código Deontológico da Ordem dos Médicos, no artigo 88.º, alínea d), exclui do dever de segredo médico as doenças de declaração obrigatória, impondo então, de certa forma, o dever de alertar as autoridades sanitárias.

<sup>98</sup>Vide Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo nº 0110232, Relator Marques Salgueiro, de 06/02/2002.

O fundamento utilizado pelo Tribunal para considerar aplicável o internamento compulsivo às situações em que o paciente recusa o tratamento de uma doença contagiosa é o facto de o artigo 27.º da CRP permitir a aplicabilidade de medidas de segurança que privem na totalidade ou parcialmente a liberdade do cidadão.

A verdade é que a questão não é assim tão simples dado que não existe uma norma que autorize expressamente o internamento compulsivo do paciente que recuse o tratamento da tuberculose. Efetivamente, o artigo 27.º da CRP admite restrições ao direito de liberdade pessoal quando é necessária a aplicabilidade de uma medida de segurança, porém, do disposto neste artigo não é feita uma referência expressa às situações de doenças contagiosas, pelo que não é exata a existência de uma autorização para o internamento compulsivo.

Mais recentemente e a propósito do atual quadro de pandemia mundial provocado pelo coronavírus, a questão da restrição do direito de liberdade pessoal foi novamente debatida por constitucionalistas de excelência.

Discute-se se o internamento compulsivo de doentes em risco de contaminar terceiros é ou não admitido constitucionalmente e podemos antecipar que o entendimento não é unânime.

Entende o Professor JORGE REIS NOVAIS que no atual quadro constitucional não é admissível o internamento compulsivo de doentes com doenças contagiosas porquanto da conjugação dos n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º da CRP, a privação da liberdade só é admissível relativamente a portador de anomalia psíquica, o que significa que fora destes casos, o internamento compulsivo não se terá por admissível.<sup>99</sup>

No entanto, este Professor considera que tal inadmissibilidade (do internamento compulsivo) se verifica apenas na *“vigência plena das normas constitucionais”*; e por isso, se existir uma revisão daquela norma ou uma situação de caráter excecional que imponha e justifique uma suspensão do direito de liberdade, poderá ser admissível o

---

<sup>99</sup>NOVAIS, Jorge Reis, “Estado de Emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial” in *Observatório Almedina*, 2020, disponível online: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/19/estado-de-emergencia-quatro-notas-juridico-constitucionais-sobre-o-decreto-presidencial/>

internamento compulsivo de doentes em risco de contaminar terceiros até porque como se viu, o Estado tem o dever de garantir a saúde pública (cf. artigo 64.º CRP).<sup>100</sup>

Em suma, entende o Professor JORGE REIS NOVAIS que o entendimento a adotar é o de que o internamento compulsivo de doentes com doenças infectocontagiosas não é admitido pela nossa Constituição, salvo se, se impuser a suspensão parcial do direito de liberdade pessoal, o que apenas sucederá se for decretado o estado de emergência.

Tal entendimento foi rapidamente criticado pelo Professor JOSÉ MELO ALEXANDRINO que considera, ao invés, que o nosso atual quadro constitucional admite restrições, nos termos gerais, ao direito de liberdade, isto independentemente daqueles que são os limites estabelecidos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º da CRP.<sup>101</sup>

Porém, a verdade é que o Professor não descarta que a restrição do direito de liberdade pessoal (artigo 27.ºCRP) deve ser justificada e proporcional, ou seja, deve nas suas palavras fundamentar-se na *“1) na necessidade de salvaguardar outros bens e interesses constitucionais, 2) no cumprimento dos deveres estatais de proteção do direito à vida e do direito à saúde das outras pessoas e 3) ainda nas exigências decorrentes do dever fundamental de defender e promover a saúde (na forma como esse dever se encontra expressamente configurado na lei)”*.<sup>102</sup>

Posto isto, aderimos a esta última posição admitindo o internamento compulsivo como medida admissível em caso de risco de transmissão de doenças contagiosas porquanto há a necessidade de salvaguardar a saúde pública e os demais bens jurídicos protegidos constitucionalmente e suscetíveis de serem prejudicados ao não se admitir o internamento compulsivo como medida possível.

Além disso e não descurando da decisão do Tribunal acima mencionada, entendemos que segundo a Constituição da República Portuguesa, os direitos fundamentais devem ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos

---

<sup>100</sup>*Ibidem*.

<sup>101</sup>ALEXANDRINO, José Melo, “Devia o direito à liberdade ser suspenso? – Resposta a Jorge Reis Novais” in *Observatório Almedina*, 2020, disponível online: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/07/devia-o-direito-a-liberdade-ser-suspenso-resposta-a-jorge-reis-novais/>

<sup>102</sup>*Ibidem*.

Direitos do Homem<sup>103</sup> e, consequentemente, com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.<sup>104</sup>

Resulta desta última que “*é permitida a detenção legal de uma pessoa suscetível de transmitir uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico ou de um vagabundo*” (artigo 5.º, n.º 1, alínea e) CEDH), pelo que atendendo à vigência interna do direito internacional, ter-se-á por admitida a detenção legal daquele paciente (artigos 8.º, n.º 1 e 16.º da CRP).<sup>105</sup>

Em suma, na nossa opinião, constituindo o internamento compulsivo uma medida meramente suspensiva de direitos, liberdades e garantias e não uma medida restritiva, e sendo esta medida a única que garante a saúde pública e a consequente harmonização de direitos então a mesma tem-se por justificada e é suscetível de ser aplicável ainda que excecionalmente.<sup>106</sup>

## **8. Das exceções do dever informar**

Como foi já referido anteriormente, o nosso ordenamento jurídico contempla como requisito de validade do consentimento a informação e o esclarecimento constituindo este um requisito essencial sem o qual se considera inválido o consentimento prestado e, consequentemente, ilícita a intervenção médica que se tem por não consentida. Sucede que, apesar de consagrado o direito à informação e esclarecimento, o nosso ordenamento também lhe impõe alguns limites e exceções, designadamente, o direito a não saber e o privilégio terapêutico.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup>Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, publicada no Dário da República, I Série, de 09 de março de 1978.

<sup>104</sup>Cfr. Lei n.º 65/78 de 13 de outubro, que publica a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

<sup>105</sup>RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado... Ob. Cit.* pp. 290-304.

<sup>106</sup>FIDALGO, Sónia, “Internamento Compulsivo de doentes com tuberculose”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, nº2, ano 1, 2004, pp. 87-124.

<sup>107</sup>NUNES, Rui, “Consentimento Informado”, in *Academia Nacional de Medicina*, disponível online: <http://www.academianacionalmedicina.pt/Backoffice/UserFiles/File/Documentos/Consentimento%20Informado-RuiNunes.pdf>

## 8.1 Direito a não saber

O direito a não saber encontra-se consagrado em diferentes instrumentos, nomeadamente, no artigo 10.º, n.º 2 da CEDH Bio, quando dispõe que: *“Qualquer pessoa tem direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Contudo, a vontade da pessoa em não ser informada deverá ser respeitada”* e no artigo 50.º, n.º 3 do CDOM quando dispõe que *“a revelação não pode ser imposta ao doente, pelo que não deve ser feita se este não a desejar”*.

À semelhança das exceções enunciadas quanto ao dever de obtenção do consentimento informado, também o direito a não saber como exceção ao dever de informar, visa garantir o respeito pela autonomia da pessoa humana, bem como o respeito pela autodeterminação do paciente e sua personalidade.<sup>108</sup>

No entanto, o direito a não saber não constitui um direito em sentido absoluto, uma vez que o mesmo admite restrições a dois níveis: um primeiro nível relacionado com o interesse do próprio paciente e um segundo nível relacionado com o interesse de terceiros, conforme resulta do disposto nos artigos 10.º, n.º 3 e 26.º da CEDH Bio.

A primeira restrição prende-se com a ideia de que ao paciente que manifesta o seu desinteresse em ser informado e esclarecido tem de ser transmitida um mínimo de informação acerca do seu diagnóstico, porquanto só esse mínimo de informação permite ao paciente adotar medidas preventivas, se necessárias.

Já, a segunda restrição, prende-se com a necessidade de proteger terceiros, sobretudo quando estiverem em causas doenças contagiosas. Pense-se, por exemplo, no caso da tuberculose ou no caso do vírus da imunodeficiência humana (VIH) – nestes casos, o direito a não saber não é absoluto, porquanto o não conhecimento destas doenças é suscetível de colocar em perigo terceiros, o que justifica a restrição do direito a não saber e a prevalência do dever de informação.

Em síntese, apesar de o direito a não saber constituir uma exceção ao dever de informar, com o propósito de garantir o respeito pela autodeterminação, liberdade e

---

<sup>108</sup>Cfr. ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Consentimento informado - Relatório Final...* supra indicado na nota <sup>83</sup>

personalidade do paciente, a verdade é que o mesmo não é absoluto, quer para benefício do próprio paciente, quer para benefício de terceiros. Pelo que, podemos concluir que o direito a não saber exige um mínimo de informação ao paciente pois só assim o mesmo poderá ponderar os riscos da ausência do conhecimento e, posteriormente, decidir.<sup>109</sup>

## 8.2 Privilégio terapêutico

A exceção de privilégio terapêutico encontra-se consagrada no artigo 5º da CEDH Bio, no artigo 2º, nº 3 da Declaração para Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa, no artigo 157º do CP e também na Norma 15/2013 da DGS.

Das normas mencionadas, tem particular relevância a norma do Código Penal (artigo 157.º) da qual se depreende que ao médico é concedida a possibilidade de omitir informações ao paciente, desde que as mesmas a serem conhecidas pelo paciente, *“poriam em risco a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde física ou psíquica.”*<sup>110 111</sup>

Assim, e como afirma ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, o privilégio terapêutico, pode ser visto como uma ponderação de interesses que tem vindo a ser imposta pela lei, por uma generalidade de autores e até por decisões jurisprudenciais. E, essa ponderação de interesses, impõe-se pelo facto de, por um lado, se encontrar consagrado o direito de autodeterminação e liberdade do paciente e, por outro lado, o direito à saúde e vida. Portanto, no entendimento de ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, *“não faz efetivamente qualquer sentido que, em homenagem ao direito de autodeterminação do paciente, em suma, da sua liberdade, o médico lhe cause, por via*

---

<sup>109</sup>PEREIRA, André Gonçalves, *O Consentimento Informado... Ob. Cit.* pp. 417- 467.

<sup>110</sup>Cfr. Artigo 157º CP, *in fine*.

<sup>111</sup>Neste sentido, entende-se que a exceção do privilégio terapêutico é aplicável às situações de diagnóstico, ficando então o médico desobrigado de revelar ao doente o seu diagnóstico clínico se essa revelação for suscetível de agravar o seu estado de saúde ou até colocar em perigo a sua vida – *Vide* RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes; *Responsabilidade Civil... Ob. Cit.* pp. 22-23



*dos esclarecimentos prestados, um traumatismo ou outra situação patológica que ponha em perigo ou agrave o risco da sua saúde ou vida.*"<sup>112</sup>

Posto isto, facilmente se compreende que a exceção do privilégio terapêutico apenas seja aplicável a situações cuja utilidade terapêutica da intervenção seja grande, uma vez que apenas nestas existe perigo para a saúde ou vida do paciente.

Pense-se naqueles casos em que o paciente sofre de doença prolongada, como é exemplo o cancro em estado avançado, nestes casos agravados é verdade que a informação detalhada e específica acerca do diagnóstico e até do percurso terapêutico pode gerar estados de desânimo e desespero podem afetar negativamente a cura do paciente e até, eventualmente, levar a frequentes tentativas de suicídio. Neste caso, estamos perante a exceção de privilégio terapêutico, porquanto a transmissão de informação ao paciente é suscetível de colocar em perigo a sua saúde e de lhe causar graves danos.<sup>113</sup>

Portanto, o privilégio terapêutico constitui uma das exceções ao dever de informar, sendo este aplicável apenas quando demonstrados os requisitos do artigo 157º do CP, o que se justifica pela necessidade de garantir a saúde e a vida do paciente, em detrimento da sua liberdade e autonomia.

O privilégio terapêutico não deve, porém, constituir uma artimanha ou uma via de escape ao dever de informação, isto é, não deve ser entendido nem utilizado como um meio que permite derrogar o dever de informar e, além disso, não deve confundir-se com o direito à mentira até porque a decisão do médico deve ser sempre uma decisão objetiva, avaliada e estar devidamente fundamentada e justificada.

Assim, e face á possibilidade de o privilégio terapêutico ser utilizado como forma de derrogação do dever de informação ou ser confundido com um direito à mentira, existe quem defenda que a aplicabilidade desta exceção deve ser evitada ao máximo. Por isso, deve aplicar-se apenas quando se esteja perante doenças psiquiátricas e cardíacas, pois nestes casos, existe uma probabilidade muito elevada de a informação

---

<sup>112</sup>RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *O Consentimento Informado... Ob. Cit.* pp.41-42.

<sup>113</sup>PEREIRA, André Gonçalo, *O Consentimento Informado ... Ob. Cit.* pp. 460-467.

colocar em perigo a vida do paciente ou gerar o agravamento do estado de saúde do mesmo.<sup>114</sup>

Neste sentido, também na nossa opinião tem razão de ser a consagração desta exceção, desde que a mesma seja aplicável em situações restritas. Ou seja, a nosso ver, faz todo o sentido admitir-se a possibilidade de não ser transmitida informação acerca de determinada doença ou quadro clínico, se a mesma for suscetível de causar àquele paciente concreto um agravamento do estado de saúde do paciente ou perigo para a vida daquele.

Assim, a aplicabilidade desta exceção deve pressupor uma avaliação do perfil do paciente através da qual o médico avalia se a transmissão daquela informação é suscetível de gerar danos para a saúde do paciente ou até perigo para a vida daquele. Caso contrário, assistir-se-ia a uma violação do dever de informar, que constitui fundamento bastante para a propositura de uma ação de responsabilidade civil do médico.

---

<sup>114</sup>ANTUNES, Alexandra, e NUNES, Rui; “Consentimento Informado na Prática Clínica”, in *Arquivos de Medicina*, Vol.13, n. 92, 1999, pp.121-127.

## PARTE II

### **9. Natureza relação médico-paciente**

Antes de passarmos ao problema jurídico da responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado, importa analisar previamente, um dos problemas jurídicos associados à responsabilidade civil médica.

Como é sabido, no nosso ordenamento jurídico encontram-se consagradas duas grandes modalidades de responsabilidade civil, a responsabilidade civil contratual, negocial ou obrigacional e a responsabilidade civil extracontratual, delitual ou aquiliana.

Questão que agora se coloca, é a de saber qual o regime legal de responsabilidade a aplicar no caso das ações de responsabilização médica, o que pressupõe a análise prévia da natureza da relação que se estabelece entre o médico e o paciente e, com esta, a já clássica distinção entre *obrigação de meios* e *obrigação de resultado*, de origem francesa e pela pena de René Demogue (no seu *Traité des Obligations en Général*, tomo V, parte I, Paris, 1925).

Contudo, esta questão não é pacífica e tem suscitado as mais divergentes posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Atualmente, na maioria dos casos, os demais ordenamentos jurídicos, inclusive o português, tendem a considerar que no caso de lesões de saúde causadas por médicos, estamos perante uma responsabilidade obrigacional.<sup>115</sup>

É verdade que nem sempre assim foi e que, em tempos, se considerou que a relação estabelecida entre o médico e o paciente estava sujeita apenas ao regime da responsabilidade extracontratual.

---

<sup>115</sup>RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, in *Direito e Justiça*, Volume XIV, Tomo III, 2000, pp.162-242.

Portanto, só com a decisão proferida pelo Tribunal Francês de Grenoble, a 20 de maio de 1936, é que a relação médico-paciente passou a ser vista como de natureza contratual e a obrigação do médico como uma obrigação de meios.<sup>116</sup>

Significa isto que, em princípio, *“a obrigação do médico é uma obrigação de meios”*, e com isto, o médico não está vinculado a um determinado resultado em concreto. Ou seja, assumindo o médico a qualidade de devedor o mesmo *“não estaria obrigado à obtenção do resultado, mas apenas a atuar com a diligência necessária para que esse resultado seja obtido.”*<sup>117</sup>

Por outras palavras, sendo certo que o doente se entrega ao médico em busca da cura para a sua enfermidade ou melhoria do seu estado de saúde, é sabido que o médico nunca se pode comprometer a proporcionar tais resultados, já que a cura ou a melhoria da saúde não dependem apenas da ciência médica, é dizer, do tratamento médico (utilização de conhecimentos, técnicas e procedimentos à disposição do médico) mas, acima de tudo, da reação do organismo do paciente a esse tratamento.

Essa reação depende de uma pluralidade de fatores, tais como o estado imunitário do paciente, os seus antecedentes patológicos e hereditários, a sua alimentação e eventuais toxicodependências, designadamente hábitos de alcoolismo, tabagismo, etc.

Por isso, a velha máxima da sabedoria popular *«não há doenças, há doentes»*, o que bem comprova que a cura do paciente transcende a própria ciência e arte médica ou, na lapidar expressão latina *«medicus curat, sed natura sanat morbus»* (o médico trata, mas é a natureza que sana a enfermidade)!

Portanto, o médico não está obrigado a curar o paciente, mas tão só a atuar diligentemente, assegurando os cuidados médicos e tratamentos necessários para alcançar a cura ou a melhoria da saúde.

---

<sup>116</sup>Vide Acórdão da Court de Cassation de 20 de maio de 1936, segundo o qual, *“Forma-se entre o médico e o seu cliente um verdadeiro contrato (...) e a violação, mesmo involuntária, desta obrigação contratual é sancionada por uma responsabilidade da mesma natureza, igualmente contratual”*.

<sup>117</sup>LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Volume I, *Introdução da Constituição das Obrigações*, 10ª Edição, Lisboa, Almedina, 2013, p. 125

Por isso se fala em obrigações de meios (perspetivado o tratamento médico como um arsenal de meios tendencialmente idóneos a obter a cura ou o alívio prolongado do doente, como no caso dos chamados *cuidados paliativos*).

Porém, se considerarmos que o próprio tratamento adequado e levado a cabo com cumprimento das *legis artis* é, em si mesmo, o resultado de um contrato de prestação de serviços médicos, nada obsta a que se considere tal obrigação como o resultado a que se refere o artigo 1154.º do CC.

Deste ângulo de observação, tal obrigação contratual médica pode, sem qualquer dificuldade, ser considerada uma obrigação de resultado.

No caso das intervenções médicas estéticas a obrigação que recai sobre o médico já não é uma obrigação de meios, mas, ao invés, uma obrigação de resultado pois o mesmo compromete-se a obter um certo resultado e responde por incumprimento se o não obter.<sup>118</sup>

Assumindo, então, num primeiro momento, que a relação médico-paciente assenta num contrato, importa descortinar qual o tipo de contrato em questão. O entendimento maioritário é o de que, em princípio, estamos perante um contrato de prestação de serviços abrangido pelo artigo 1154.º do CC. Contudo, tal entendimento só é admissível, na medida em que se considere que o “resultado” referido no artigo mencionado, são os cuidados de saúde e tratamentos necessários e não a cura em si, como vimos.

Neste sentido, também se posiciona o Professor FERREIRA DE ALMEIDA, segundo o qual o contrato celebrado entre o médico e o paciente é um contrato socialmente típico e nominado, subsumível ao contrato de prestação de serviços regulado no artigo 1154.º do CC, porquanto no mesmo se inclui o trabalho intelectual.<sup>119</sup>

Portanto, assumir que entre o médico e o paciente se estabelece, em princípio, um contrato, é benéfico para o paciente porquanto permite que se atenda à autonomia

---

<sup>118</sup>*Ibidem*.

<sup>119</sup>ALMEIDA, Carlos Ferreira de; “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 89-101.

das partes, que se estabeleça uma relação de equidade e que se reconheçam deveres principais e acessórios, designadamente, o dever do médico informar e esclarecer o paciente acerca do diagnóstico, prognóstico e riscos do tratamento a que se irá submeter.

Assumir a existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente é assumir a aplicabilidade das regras da responsabilidade contratual em caso de incumprimento ou cumprimento defeituoso do mesmo (artigo 798.º do CC). Tal aplicabilidade é benéfica para o paciente na medida em que nesta modalidade de responsabilidade se encontra consagrada uma presunção legal de culpa do devedor, pelo que recairá sobre o médico ónus de provar que atuou diligentemente, caso se queira isentar à responsabilidade (artigo 799.º, n.º 1 do CC).<sup>120</sup>

Além disso, também o prazo prescricional no âmbito da responsabilidade contratual satisfaz melhor os interesses do paciente, uma vez que é superior ao da responsabilidade extracontratual, naquela o prazo é de vinte anos (artigo 309.º do CC) e nesta última o prazo de prescrição é apenas de 3 anos (artigo 498.º).

Estes são então dois dos principais argumentos avançados pela doutrina para fundamentar a aplicabilidade da responsabilidade contratual como regra por ser a que melhor satisfaz os interesses do credor.

Contudo, a questão não é assim tão linear, pois como referimos anteriormente, a celebração de um contrato pressupõe a liberdade contratual e autonomia das partes. E, se é verdade que essa autonomia e liberdade contratual são inequívocas quando, por exemplo, um paciente se dirige a um determinado consultório médico privado pagando honorários pela respetiva consulta, já assim não é quando o paciente se encontra inconsciente e é levado pelo pelos bombeiros para determinado hospital público. Neste último caso, não nos parece possível que a relação entre o paciente e o médico assuma uma natureza contratual porquanto o paciente não celebrou qualquer contrato com o médico ou instituição de saúde.

---

<sup>120</sup>Neste sentido, relembre-se que a obrigação do médico enquanto obrigação de meios limita-se à promoção das diligências necessárias à cura e não a cura em si. Ou seja, o resultado do seu trabalho é o tratamento em si mesmo e não a cura porquanto a mesma depende de fatores externos.

Portanto, não nos parece ser admissível assumir, sem mais, que a relação que se estabelece entre o médico e o paciente é sempre uma relação contratual que assenta num contrato de prestação de serviços.

Neste sentido, também se tem posicionado um grande setor da doutrina, nomeadamente, ANTÓNIO HENRIQUE GASPAR, segundo o qual e em defesa de tal tese *“nem o médico pode recusar os seus serviços, por a tanto estar impedido ex vi legis, nem o doente pode escolher o médico, dado o seu estado e a urgência dos cuidados. Consequentemente, não existe em tais condições, qualquer vínculo contratual”*.<sup>121</sup>

Assim, não existindo uma verdadeira liberdade contratual ou um concurso de vontades por qualquer das partes, não há uma relação contratual e, consequentemente, não podem ser aplicadas as regras da responsabilidade civil contratual do artigo 798.º ss. do CC. Pelo que, as regras a aplicar nestes casos são as regras da responsabilidade civil extracontratual do artigo 483.º do CC.

A aplicabilidade da modalidade da responsabilidade extracontratual, na sua vertente de responsabilidade por factos ilícitos, não fica por aqui, ou seja, não é somente aplicável aos casos em que o paciente está inanimado e por isso não há um encontro de vontades, tal aplicabilidade alarga-se aos casos de nulidade do contrato e é também discutida a sua aplicabilidade quanto aos casos em que o paciente se dirige a um hospital público.

Neste último caso, o entendimento maioritário é o de que quando um paciente se dirige a um determinado estabelecimento de saúde público estabelece-se uma relação de serviço público, na medida em que os atos médicos são praticados no exercício de poderes públicos e visam garantir o interesse público daí serem definidos como atos de gestão pública e, consequentemente, aplicáveis as regras da responsabilidade civil extracontratual.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup>GASPAR, António Henriques, “A responsabilidade civil do médico”, in *Coletânea de Jurisprudência*, ano 3, 1978.

<sup>122</sup>AMARAL, Diogo Freitas do, “Natureza da Responsabilidade Civil por Actos Médicos praticados em Estabelecimento Público de Saúde” in *Direito e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1991, pp. 123-131.

Neste sentido, também se posicionou o Supremo Tribunal Administrativo que a título exemplificativo no Acórdão de 09 de Junho de 2011 se pronunciou da seguinte forma: *“A responsabilidade por atos ou omissões na prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos tem natureza extracontratual (...)”*.<sup>123</sup>

Também a decisão do mesmo Tribunal proferida a 16 de janeiro de 2014, se rege no mesmo sentido *“A responsabilidade civil decorrente de factos ilícitos imputados a um Hospital integrado no Serviço Nacional de Saúde não tem natureza contratual, sendo-lhe aplicável o regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entes públicos”*.<sup>124</sup>

Portanto, é entendimento maioritário no nosso ordenamento jurídico, que no âmbito da relação médico-paciente em hospital público são aplicáveis as regras da responsabilidade extracontratual e, consequentemente, o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas (Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro).

Os fundamentos que sustentam este entendimento relacionam-se, entre outros, com a já mencionada ausência de vontade das partes, pois não só o médico não pode escolher o paciente, como o paciente não pode escolher o médico, existindo apenas uma obrigação do Estado em promover e garantir cuidados médicos, bem como com o facto de o pagamento de uma mera taxa moderadora não constituir o pagamento do serviço prestado.<sup>125</sup>

Portanto, com a entrada em vigor da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, no caso de a relação entre o médico e o paciente se estabelecer num hospital público, em princípio, não existe uma relação contratual, mas sim extracontratual. Assim, é o hospital que responde extracontratualmente e exclusivamente pelos danos causados pelos médicos com culpa leve (artigo 7.º, n.º 1 da referida Lei).

---

<sup>123</sup>Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo n.º 0762/09, Relator Adérito Santos, de 09/06/2011.

<sup>124</sup>Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Processo n.º 0445/13, Relator António São Pedro, de 16/01/2014.

<sup>125</sup>Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 083323, Relator Mário Cruz, de 09/12/2008.



Em suma, podemos concluir que entre o médico e o paciente nem sempre se estabelece uma relação contratual.

Contudo, ainda que se considere que tendencialmente nos casos das unidades públicas de saúde não existe um contrato e, por isso, são aplicáveis as regras da responsabilidade civil extracontratual, e que nos casos das unidades privadas de saúde são tendencialmente aplicáveis as regras da responsabilidade civil contratual, não podemos ignorar que tanto a doutrina e jurisprudência portuguesa e espanhola tendem a admitir um concurso de responsabilidades.

Admitir um concurso de responsabilidades é admitir que *“o mesmo facto humano pode provocar um dano simultaneamente obrigacional e delitual”*<sup>126</sup>, ou seja, admite-se que pode existir um incumprimento ou cumprimento defeituoso de um contrato de prestação de serviços médico e, concomitantemente, uma violação de direitos absolutos.

Veja-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça de 02 de junho de 2015, relativo a um caso em que uma paciente se dirigiu a um consultório médico de especialidade em cirurgias plásticas, a fim de solicitar ao mesmo, uma opinião quanto a cicatrizes que possuía na zona inguinal.<sup>127</sup>

O médico propôs a realização de duas cirurgias, a primeira uma lipoaspiração e a segunda para subir as cicatrizes. Sucedeu que, o médico injetou na vulva da paciente autoenxertos de gordura alegadamente sem o consentimento da paciente e sem a mesma ter sido esclarecida sobre os riscos daquela intervenção.

Neste caso, surgem diversos problemas jurídicos, de entre os quais, o de determinar qual a natureza da relação estabelecida entre o médico e a paciente e, consequentemente, a existir, qual a modalidade de responsabilidade civil aplicável.

Quando a paciente se dirige ao consultório do médico especialista e este aceita tratá-la estão ambos a celebrar um contrato de prestação de serviços tipificado no artigo 1154.º do CC, pois o médico obriga-se a proporcionar à paciente certo resultado que

---

<sup>126</sup>ALARCÃO, Rui de, *Direito das Obrigações*, Lições Policopiadas, Coimbra, 1983, p. 210

<sup>127</sup>Cfr. Ac. STJ de 02/06/2015 supra indicado na nota <sup>35</sup>.

advém do seu trabalho intelectual ou manual, realizado com ou sem retribuição, embora em princípio seja um contrato oneroso e sinalagmático.

Pese embora, termos visto que, em regra, o médico assume uma obrigação de meios nos termos supra descritos, uma vez que não pode garantir a cura do paciente, no caso das cirurgias estéticas, já assim não é, pois o médico cirurgião plástico “compromete-se” a corrigir determinado defeito físico ou a melhorar a aparência da pessoa. Portanto, nestes casos, *“só o resultado vale a pena”*, o que nos permite afirmar que o médico assume uma obrigação de resultado ou quase resultado.

Assim, *“a ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico devedor”*. Pelo que, entende o STJ que no caso, é aplicável a responsabilidade contratual.<sup>128</sup>

Porém, a verdade é que resulta provado que a paciente não prestou o seu consentimento para o ato cirúrgico de autoenxerto de gordura na vulva da paciente e, por esse motivo, a atuação do médico é ilícita e consequentemente violadora do direito à integridade física e moral, do livre desenvolvimento da personalidade e de autodeterminação (artigo 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1 da CRP e artigo 70.º do CC).

Perante estes contornos, entende o STJ que a situação configura um concurso de responsabilidades, por um lado responsabilidade civil contratual, dado o cumprimento defeituoso do contrato de prestação de serviços, e, por outro lado, responsabilidade civil extracontratual, dada a violação dos direitos acima mencionados.

Assim e admitido o concurso de responsabilidades, importa referir que no nosso ordenamento jurídico têm vindo a ser admitidos dois sistemas, o do não cúmulo de responsabilidades, para os quais é aplicável, com fundamento no princípio da subsunção, o regime da responsabilidade civil contratual; e o sistema do cúmulo de responsabilidades.

---

<sup>128</sup>Cfr. Ac. STJ de 02/06/2015 supra indicado na nota <sup>35</sup>.

No âmbito do sistema do cúmulo de responsabilidades têm vindo a ser adotados entendimentos diferentes que enunciaremos de forma sucinta, (1) o lesado deveria poder optar pela aplicabilidade das normas de uma ou outra modalidade de responsabilidade (teoria da opção), (2) o lesado, deveria poder, numa única ação, socorrer-se de normas de ambos os regimes de responsabilidade aproveitando as normas mais vantajosas de cada um dos regimes de responsabilidade civil (teoria da cumulação), (3) deveriam admitir-se ações autónomas, uma baseada na responsabilidade contratual e outra na responsabilidade extracontratual.<sup>129</sup>

No primeiro sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de outubro de 2015, em que o STJ entende que: *“Pode, todavia, tal responsabilidade configurar-se como extracontratual ou delitual por violação de direitos absolutos (v.g os direitos de personalidade), caso em que assistirá ao lesado uma dupla tutela (tutela contratual e tutela delitual), podendo optar por uma ou por outra.”*<sup>130</sup>

A questão é complexa e para os que admitem o concurso de responsabilidades numa única ação é ainda configurável um concurso de pretensões *“surgindo o dever contratual e o dever geral de não ofender direitos e bens alheios como deveres jurídicos independentes, colocados ao lado um do outro, não sendo proibido ao autor invocar em grau posterior do processo, uma norma diversa da que alegara, e sem que se possa dizer que o juiz decide “ultra petita” se aplicar uma norma diversa da invocada pelo autor”*.<sup>131</sup>

Com base no concurso de pretensões e na qualificação de danos *“circa rem”* e *“extra rem”*, o Professor PEDRO ROMANO MARTINEZ, tende a aderir ao sistema do cúmulo de responsabilidades. Isto porque, os danos *“circa rem”* se configuram como danos causados aos bens jurídicos tutelados pelo contrato (*i.e.*, são danos diretamente relacionados com a obrigação assumida através do contrato), enquanto que os danos *“extra rem”* são danos causados fora do âmbito do contrato, como por exemplo são os danos pessoais e os danos ocasionados no património de um dos contraentes.

---

<sup>129</sup>Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 512/10.8TCFUN.L1-2, Relatora Teresa Albuquerque, de 27/09/2012.

<sup>130</sup>Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 2198/05.2TBFIG.C1. S1., Relator Tomé Gomes, de 29/10/2015.

<sup>131</sup>Cfr. Ac. TRL de 27/09/2012, supra indicado na nota <sup>129</sup>

Assim, podemos concluir que o Professor PEDRO ROMANO MARTINEZ entende que na mesma ação podem estar em causa danos subsumíveis ao regime da responsabilidade contratual (danos *circa rem*) bem como danos subsumíveis ao regime da responsabilidade extracontratual (danos *extra rem*) o que o leva a admitir e a aderir ao sistema de cúmulo de responsabilidades.<sup>132</sup>

Neste caso, o Professor entende que não é ao lesado que compete escolher o regime aplicável, admitindo, porém, que haverá um concurso de normas sempre que “*a prestação defeituosa causa, em simultâneo, danos “circa rem” e “extra rem (...)”*”.<sup>133</sup>

Ou seja, existem dois regimes jurídicos que visam tutelar a posição do lesado e consequentemente reparar os danos sofridos e causados por uma única conduta ilícita. O que significa que, apesar de poderem existir danos de natureza diferente, a conduta ilícita é única tal como a pretensão.

Veja-se que também o Professor MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA entende que apesar de poder existir um concurso de pretensões e consequentemente uma alternatividade de pedidos, estes advêm da mesma factualidade, motivo pelo qual, considera que o prosseguimento de uma das pretensões extingue as demais, pois existe uma única *causa petendi* que é o dano.

Assim, o mesmo escreve que “*(...) a ação não é interposta com um fundamento contratual ou delitual, mas antes com um pedido de indemnização. Há uma só pretensão com um duplo fundamento. Processualmente, faz-se um único pedido, sendo irrelevante a pluralidade de qualificações jurídicas.*”<sup>134</sup>.

Portanto, podemos concluir que no nosso ordenamento jurídico, o entendimento maioritário relativamente ao concurso de responsabilidades é o da

---

<sup>132</sup>MARTINEZ, Pedro Romano, Cumprimento Defeituoso em Especial na Compra e Venda e na Empreitada, Lisboa, 1992 (=Almedina), Coimbra, 1994, reimpressão, Almedina, 2001, p. 281-281. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas.

<sup>133</sup>Cfr. Ac. TRL de 27/09/2012, supra indicado na nota <sup>129</sup>

<sup>134</sup>SOUSA, Miguel Teixeira de, O concurso de Títulos de Aquisição da Prestação: Estudo sobre a Dogmática da Pretensão e do Concurso de Pretensões, Coimbra, Almedina, 1988, p. 230. – Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

admissibilidade do cúmulo. E, assim é porquanto as duas modalidades de responsabilidade civil (contratual e extracontratual) não se excluem.

Veja-se que esta situação é bastante frequente no caso das ações médicas porquanto tende a existir uma violação simultânea do contrato de prestação de serviços médicos (por exemplo, quando o médico faz um diagnóstico errado), e de direitos absolutos do paciente, nomeadamente, a integridade física e direito de autodeterminação daquele.

Neste sentido escreveu o Professor MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA que *“O médico que realiza, por observação descuidada do paciente, um diagnóstico errado ou o cirurgião que descure negligentemente os cuidados técnicos adequados à operação responde tanto obrigacionalmente por violação do contrato de prestação de serviços (art.º 1154.º CC), como desigualmente por ofensas à integridade física do paciente (artigo 70.º, n.º1 CC).*<sup>135</sup>

O que não se pode descurar é que apesar de existirem diferentes regimes jurídicos existe uma única conduta ilícita e consequentemente um único dano aos quais irá corresponder um único pedido indemnizatório.

Assim, podemos concluir que é de afastar (no âmbito do cúmulo de responsabilidades), o entendimento de que ao lesado é possível beneficiar das normas mais vantajosas de cada um dos regimes de responsabilidade civil (contratual e delitual), bem como o entendimento de que o mesmo poderia propor duas ações autónomas, uma sustentada na responsabilidade contratual e outra na responsabilidade extracontratual, porquanto estar-se-ia a permitir uma escolha oportunista e a fomentar a litispendência (dada a identidade de sujeitos, do pedido bem como da causa de pedir).

Por outro lado, e aderindo ao sistema de não cúmulo merece referência o Professor MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, o qual considera que o concurso de responsabilidades (contratual e extracontratual), nos reconduz a um concurso aparente, legal ou de normas porquanto o que existe são diferentes normas a regular a mesma pretensão, e por isso, a existir uma única conduta ilícita e um único dano não fará

---

<sup>135</sup>*Idem*, p.136

sentido o entendimento de que o paciente possa optar pelas normas mais vantajosas de uma ou outra modalidade de responsabilidade, ou até propor uma ação baseada na responsabilidade civil contratual e uma outra ação baseada na responsabilidade civil extracontratual.<sup>136</sup>

Perante isto, entende o Professor MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA que o regime da responsabilidade contratual deve preferir ao regime da responsabilidade extracontratual sempre que sejam suscetíveis de ser aplicadas ambas as modalidades de responsabilidade civil.

Neste sentido, veja-se ainda a decisão do STJ que no Acórdão proferido a 22 de setembro de 2011, *“uma situação enquadrada num concurso aparente de normas, deve ser resolvida pela prevalência da responsabilidade contratual, por ser a mais adequada para a defesa dos interesses do lesado”*.<sup>137</sup>

Os fundamentos da decisão adotada pelo STJ prendem-se uma vez mais, essencialmente, com o facto de a responsabilidade contratual ser a mais adequada à defesa dos interesses da pessoa lesada, veja-se, a título exemplificativo a presunção de culpa estabelecida nos termos do artigo 799.º do CC.

Em termos sucintos na opinião do Professor MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA ainda que não se negue que um determinado facto possa ser gerador de responsabilidade civil contratual e de responsabilidade civil extracontratual, deve adotar-se o entendimento de que o regime da responsabilidade civil contratual prefere ao regime da responsabilidade civil extracontratual.

É neste sentido que o mesmo escreve que: *«nas hipóteses de concurso das duas variantes da responsabilidade civil, há-de convir-se que cada uma delas, a funcionar isoladamente, esgotaria a proteção que a ordem jurídica pretende dispensar a casos deste tipo»*. (...) Assim, parece que, perante uma situação concreta, sendo aplicáveis paralelamente as duas espécies de responsabilidade civil, de harmonia com o assinalado

---

<sup>136</sup>COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2018, pp.546-553

<sup>137</sup>Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 674/2001.P L.S1, Relator Bettencourt de Faria, de 22/09/2011.

*princípio (da autonomia privada), o facto tenha em primeira linha de considerar-se ilícito contratual. Sintetizando: de um prisma dogmático, o regime da responsabilidade contratual consome o da extracontratual. Nisto se traduz o princípio da consunção».*<sup>138</sup>

Porém, como vimos, este entendimento não é unanime e o setor maioritário da doutrina, onde se incluem os Professores MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, entende que não há fundamento para a prevalência da imputação obrigacional pois o que existe é *“um concurso de títulos de aquisição de pretensões, de tal modo que o autor pode invocar qualquer deles – ou todos – cabendo ao defendente repelir cada um deles.*<sup>139</sup>

Para estes, impõe-se uma ponderação concreta de interesses bem como uma ponderação concreta das soluções de cada um dos regimes de responsabilidade civil não descurando, obviamente que, o regime da responsabilidade contratual é o que tende a tutelar de melhor forma os interesses do lesado e a autonomia das partes.<sup>140</sup>

Porém, tal não significa que o seja sempre, motivo pelo qual, é necessário ponderar de forma concreta os interesses em causa bem como as diferenças de regime, só assim se garantindo a melhor solução, sendo por isso, de preferir este entendimento.

Posto isto, aderimos ao sistema do cúmulo de responsabilidades porquanto as modalidades de responsabilidade civil não se excluem e dúvidas não existem de que *“o mesmo facto humano pode provocar um dano simultaneamente contratual e extracontratual”.*<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup>COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações... Ob. Cit.* p. 551-552

<sup>139</sup>Cfr. SOUSA, Miguel Teixeira de, O concurso de Títulos de Aquisição da Prestação... *Ob. Cit.* pp. 136ss. e 313 ss.

<sup>140</sup>Vide Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 2488/03.9TVPRT.P2, Relatora Maria Cecília Agante, de 11/09/2012.

<sup>141</sup>ALARCÃO, Rui de, *Direito das Obrigações*, Lições Policopiadas, *Ob. Cit.* p. 210

## **10. Do ónus da prova**

Como referimos no ponto anterior, no nosso ordenamento jurídico encontram-se consagradas diferentes modalidades de responsabilidade civil, designadamente a contratual e extracontratual.

Associada a cada uma destas modalidades encontram-se regras específicas, nomeadamente, no que diz respeito ao ónus da prova, pois enquanto que, na responsabilidade contratual a regra é a de que a culpa é presumida (artigo 799.º do CC), na responsabilidade extracontratual, a regra é a de que a culpa é provada (artigo 487.º, n.º 1 do CC).

Significa isto que na primeira situação incumbe ao devedor fazer prova de que o cumprimento defeituoso ou não cumprimento não procede de culpa sua, o que pressupõe a existência de uma presunção de culpa relativamente ao devedor de que o não cumprimento ou cumprimento lhe é imputável, dispensando-se o credor de tal prova (artigo 351.º, n.º 1 do CC). Já na segunda situação, incumbe ao lesado provar que o autor da lesão atuou com culpa (artigo 487.º, n.º 1 do CC.)

Sucede que, há também quem entenda que o ónus da prova se encontra diretamente relacionado com a natureza da obrigação que é assumida pelo devedor.

Logo, se o devedor assumir uma obrigação de resultados e não o alcançar, então presume-se a culpa do devedor, competindo a este provar que tal não procedeu de culpa sua. Pelo contrário, se o devedor assumir uma obrigação de meios incumbe ao credor provar que a culpa foi do devedor, isto é, incumbe ao credor provar que o devedor não atuou diligentemente contrariamente à obrigação que havia assumido.

Como referimos, à partida, o médico assume uma obrigação de meios porque não pode comprometer-se com determinado resultado pois a cura do paciente não depende apenas da atuação médica em si, mas também de outros fatores externos. Por isso, se considerarmos que o médico assume uma obrigação de meios, então verdade é que o médico, comparativamente ao paciente, estará em melhores condições de provar que não atuou de forma culposa. Pelo que, tem-se entendido que *“deve transferir-se o*



*ónus da prova da falta da culpa para o devedor em homenagem à ideia de uma melhor posição do devedor perante a prova”.*<sup>142</sup>

Neste sentido, também se posiciona ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, segundo o qual: *“o ónus da prova da diligência recairá sobre o médico, caso o lesado faça prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso”.*<sup>143</sup>

Também o Professor ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA se posiciona neste sentido, defendendo que o ónus da prova deve incumbir ao médico, quer se trate de prova relativa ao consentimento, quer se trata de prova relativa à prestação da informação.

Os argumentos de que se serve não divergem muito numa ou noutra situação, no entanto, dada a relevância jurídica da questão, impõe-se o estudo de cada uma delas.

Relativamente ao ónus da prova do consentimento, o Professor ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA entende que o mesmo se repercute na esfera jurídica do médico, porquanto é este que se encontra em melhor posição de provar que obteve do paciente o respetivo consentimento. E, assim é não só pelo facto de o médico dispor de meios de prova de que o paciente não dispõe, como é o processo clínico do paciente, do qual, à partida, consta o consentimento do paciente, mas também pelo facto de a prova de um facto negativo ser uma prova impossível.<sup>144</sup>

Ou seja, segundo este Professor, defender que é ao paciente que incumbe provar que não prestou o seu consentimento, é impor-lhe a prova de um facto negativo, que por si só, é uma *“diabolica probatio”*, pois é mais fácil provar um facto positivo (prova

---

<sup>142</sup>SOUSA, Luís Filipe Pires de, “O ónus da prova na responsabilidade civil médica” in *Data Vénia*, n. 98, ano 06, 2018, pp. 5-24.

<sup>143</sup>RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões... Ob. Cit. p. 209*

<sup>144</sup> Neste sentido, veja-se que sobre os médicos impende um dever de documentação que se revela importante quer pela necessidade de garantir a continuidade de tratamento, por exemplo, quando o paciente é seguido por um médico diferente do que o acompanhou inicialmente, quer por questões probatórias. O médico através do processo clínico (p. ex. relatório de operação ou ficha clínica) consegue provar que o paciente prestou o seu consentimento para certa intervenção médica – vide ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres de Tráfego ...*, *Ob. Cit.*, p.584

de que obteve o consentimento) do que provar um facto negativo (de que não prestou o consentimento).<sup>145</sup>

Além deste argumento tem também vindo a ser avançado o argumento de que se a intervenção médica não consentida constitui uma ofensa à integridade física então para a mesma ser válida e lícita é necessário o consentimento informado do paciente, é necessária a verificação de uma causa de justificação.

Portanto, se perspetivarmos a causa de justificação como um facto impeditivo do direito invocado a intervenção só será lícita se o médico conseguir provar que atuou com base num consentimento justificante.

Em suma, pese embora não ter sido sempre este o entendimento adotado, atualmente, a tendência nacional e internacional é a de se considerar que é ao médico que incumbe provar que obteve o consentimento do paciente.<sup>146</sup>

Por outro lado, impõe-se a necessidade de determinar sob quem incide o ónus da prova da prestação da informação, isto é, determinar sob quem incide o ónus de provar que não foi prestada a informação necessária e suficiente a uma decisão objetiva a tomar pelo paciente.

À semelhança do referido a propósito do ónus da prova do consentimento, também neste último tem sido adotado o entendimento de que compete ao médico provar que prestou as informações necessárias e devidas.

Contudo, ainda assim, tende a entender-se que cada uma das partes daquela relação, deve contribuir, tanto quanto lhe for possível, para tal prova, dando assim cumprimento ao princípio da colaboração processual (artigo 471.º do Código do Processo Civil).

---

<sup>145</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, Ob. Cit.

<sup>146</sup>Veja-se que em Inglaterra, por exemplo, o ónus da prova do consentimento incumbia ao paciente; era ao paciente que competia provar que não prestou o seu consentimento e que o médico não prestou a informação necessária e suficiente ao consentimento. Porém, este entendimento, tem vindo a ser afastado, e atualmente, a maioria dos ordenamentos jurídicos, com recurso aos argumentos acima aludidos, tende a defender que é ao médico que incumbe tal prova.

Os argumentos apresentados em defesa de tal entendimento, pouco ou nada divergem dos já referidos, e por isso, o argumento principal é o de que se “o consentimento é uma causa de justificação e a informação adequada constitui um pressuposto da sua validade, poderemos considerar o consentimento em termos probatórios como um facto impeditivo. Nos termos do artigo 342.º, n. 2, a prova destes factos compete àquele contra quem a invocação é feita, isto é, ao médico”.<sup>147</sup>

Além deste, aproveita-se o argumento de que a prova de um facto negativo é uma prova diabólica e, por isso, sendo o médico um perito e o paciente um leigo no que diz respeito a questões médicas e científicas, então fará sentido impor-se ao médico a prova de que cumpriu o dever que lhe era imposto de informar o paciente, mas também provar que cumpriu o dever de obter o consentimento do paciente que irá submeter-se à intervenção médica.

Neste sentido também se têm vindo a posicionar os Tribunais, nomeadamente o Tribunal da Relação de Coimbra na decisão proferida a 11 de novembro de 2014.<sup>148</sup>

Neste, o Tribunal foi confrontado com um eventual caso de responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado, sendo que a decisão de tal caso, não dispensou uma abordagem relativa à questão do ónus da prova do consentimento e da prestação da informação.

Para melhor compreensão e muito sucintamente, um paciente sofreu um acidente que lhe causou uma entorse lombar e uma hérnia discal na L4 e L5, sendo necessária uma intervenção cirúrgica, a qual foi levada a cabo.

O paciente alega que o médico apenas o informou de que a cirurgia era o único tratamento adequado e que a mesma constituía uma intervenção simples e, por isso, seria dispensável a transmissão de informação referente a eventuais complicações de ocorrência rara e imprevisível.

---

<sup>147</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Responsabilidade médica... Ob. Cit.*

<sup>148</sup>Vide Ac. TRC, de 11/11/2014, supra indicado na nota <sup>46</sup>

A cirurgia foi concluída com êxito, porém, mais tarde, o paciente começou a queixar-se com dores fortes as quais pensava que não voltavam a afetá-lo dada a intervenção cirúrgica a que foi submetido.

Assim, na opinião do paciente o médico não lhe transmitiu a informação necessária, nomeadamente, no que diz respeito aos riscos da intervenção, possíveis efeitos secundários e consequências, surgindo então a questão de saber se foi ou não violado o dever de informar que incidia sobre o médico, já que tal violação é suscetível de acarretar uma responsabilização não só civil, mas também disciplinar e eventualmente penal.

Colocada tal questão, importa determinar sob qual das partes impedia o ónus da prova da prestação da informação. E, também o Tribunal adota o entendimento de que tal ónus incumbe ao médico, apresentando como argumento o facto de o consentimento funcionar como causa de exclusão da ilicitude.

Segundo o Tribunal *“o consentimento funciona como causa de exclusão da ilicitude, e a adequada informação é um pressuposto da sua validade, logo matéria de exceção, como facto impeditivo (artigo 342 nº2 CC), com o princípio da distribuição dinâmica da prova”*.<sup>149</sup>

Ainda que este seja o entendimento maioritário, o Tribunal também reconhece que esta questão não é pacífica e que existe um outro setor doutrinário, que contrariamente a este, defende que o ónus da prova da falta da informação incumbe ao paciente lesado, socorrendo-se do argumento de que a falta da informação configura uma situação de cumprimento defeituoso ou incumprimento, assim *“recai sobre o paciente o ónus da prova do vínculo contratual, a existência de factos demonstrativos do incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico, os danos (e a sua extensão), do nexo causal entre a violação das regras da arte e tais danos e da preterição do dever de informação por parte do médico ao paciente com vista à obtenção do seu consentimento informado”*.<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup>Vide Ac. TRC, de 11/11/2014, supra indicado na nota <sup>46</sup>

<sup>150</sup>Vide Ac. TRC, de 11/11/2014, supra indicado na nota <sup>46</sup>

Assim, podemos concluir que é controversa a questão do ónus da prova do consentimento e da prestação da informação, embora o entendimento maioritário seja o de que, em ambas as situações, é ao médico que incumbe fazer prova.<sup>151</sup>

## **11. Considerações em torno do conceito de responsabilidade civil**

A responsabilidade é um instituto que se encontra consagrado no nosso ordenamento jurídico desde 1966 no Código de Vaz Serra e assume extrema relevância não só prática, mas também teórica.

A principal finalidade deste instituto é ressarcir a outrem um prejuízo que lhe tenha sido causado, isto é, reparar os danos sofridos por determinada pessoa e causados por outra. Contudo, apesar desta ser a finalidade principal, acessoriamente, a responsabilidade civil também se caracteriza pela sua finalidade sancionatória ou até preventiva.

Atendendo a estas finalidades, compreende-se facilmente que a lei seja o principal instrumento regulador e que por isso a autonomia privada das partes seja limitada.<sup>152</sup>

Importa ainda estarmos cientes de que o instituto da responsabilidade civil é bastante complexo e que no nosso Código Civil se encontram consagradas diferentes modalidades de responsabilidade civil, designadamente, a responsabilidade pela culpa, pelo risco e até pelo sacrifício, consagradas nos artigos 483º e seguintes.

Porém, como temos vindo a referir, no âmbito da responsabilidade civil médica, tem relevância primordial a modalidade da responsabilidade civil extracontratual e contratual, pelo que, importa agora passar a uma breve abordagem de cada uma destas.

---

<sup>151</sup>Vide Ac. TRC, de 11/11/2014, supra indicado na nota <sup>46</sup>

<sup>152</sup>MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações, Programa 2010/2011, Apontamentos*, 3ª Edição, Lisboa, AAFDL, 2011, pp.87 ss.

A responsabilidade civil extracontratual, encontra-se consagrada nos artigos 483.º ss. e é a regra no nosso ordenamento. Esta, aplica-se às situações em que são violados deveres de conduta, bem como às situações em que são violados direitos absolutos que são oponíveis a qualquer pessoa. Isto é, aplica-se aos casos em que existe uma violação de normas que visam a tutela de terceiros, pressupondo uma atuação ilícita e culposa, daí o Professor MENEZES CORDEIRO entender que esta modalidade “*não deriva de prévias obrigações específicas.*”<sup>153</sup>

Por sua vez, a responsabilidade contratual, também designada de obrigacional, encontra-se regulada nos artigos 798º e ss. do Código Civil, e é aplicável às situações em que existe a violação de uma obrigação que advenha de uma relação previamente estabelecida entre ambas as partes, daí o Professor MENEZES CORDEIRO, considerar que “*a responsabilidade contratual está ao serviço do valor de um contrato de que é um lógico prolongamento.*”<sup>154</sup>

Apesar de termos já referido que grande parte das ações de responsabilidade médica se enquadram na modalidade contratual, dada a existência de um contrato de prestação de serviços, que frequentemente é incumprido ou cumprido defeituosamente, não podemos descurar que casos há enquadráveis na modalidade de responsabilidade civil extracontratual.

A verdade é que apesar da consagração de diferentes modalidades de responsabilidade civil, o Professor MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA entende que “*o regime da responsabilidade contratual é basicamente idêntico ao da responsabilidade extracontratual.*” Avançando ainda que, “*os artigos 483.º segs. visam, sobretudo, a responsabilidade extracontratual, mas várias das suas normas aplicam-se também, como verificaremos, à responsabilidade contratual.*”<sup>155</sup>

Assim, as principais diferenças de regime relacionam-se sobretudo com a já analisada questão do ónus da prova, pois na responsabilidade civil contratual encontra-

---

<sup>153</sup>CORDEIRO, António Menezes; *Tratado de Direito Civil Português*, Volume II, *Direito das Obrigações*, Tomo III: *Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, Lisboa, Almedina, 2010, p. 388.

<sup>154</sup>*Ibidem.*

<sup>155</sup>COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações... Ob Cit*, p. 542.

se consagrada uma presunção de culpa (art. 799.º, n.º 1 do CC) e na responsabilidade civil extracontratual tal presunção não existe competindo ao lesado provar a culpa do autor da lesão (art. 487.º, n.º 1 do CC).

Além desta diferença de regime, também é frequentemente invocado o facto de o prazo prescricional ser mais alargado na responsabilidade civil contratual (art. 309.º do CC) do que na responsabilidade civil extracontratual, pois enquanto que na primeira o prazo é de vinte anos, na segunda o prazo é de apenas três anos (art. 498.º do CC).

Portanto, existindo situações médicas enquadráveis numa e noutra modalidade de responsabilidade civil, impõe-se a análise de cada uma destas mediante o estudo e análise de cada um dos pressupostos.

### **11.1 Pressupostos da responsabilidade civil dos médicos**

A responsabilidade civil extracontratual é a regra no nosso ordenamento jurídico e da leitura atenta do artigo 498.º, n.º 1 do CC, podemos concluir que o dever de reparar os prejuízos causados carece da verificação de diferentes pressupostos, entre os quais, a existência de um facto voluntário, ilícito, culposo, do qual resultem danos e que exista um nexo de causalidade entre o facto praticado e os danos causados.

No âmbito desta modalidade de responsabilidade civil e atendendo ao preceito mencionado, o entendimento que tem sido adotado, é o de que os pressupostos aludidos são de verificação cumulativa, ou seja, para estarmos perante uma situação de responsabilidade civil extracontratual, é necessário que exista *“um facto voluntário do agente, que esse facto seja ilícito, que se verifique um nexo de imputação do facto ao lesante, que da violação do direito subjetivo ou da lei derive um dano e também que haja um nexo de causalidade entre o facto praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima, de modo a poder concluir-se que este resulta daquele”*.<sup>156</sup>

A questão que agora se coloca é a de saber quais são os pressupostos da responsabilidade civil contratual e atendendo à proximidade dos regimes de uma e

---

<sup>156</sup>*Idem*, p. 557.

outra modalidade de responsabilidade, tem-se entendido, maioritariamente, que os pressupostos são os mesmos, isto é, tem-se entendido que também a responsabilidade contratual carece da verificação de um facto, ilícito, culposo, danoso, e em que exista um nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Pese embora ser este o entendimento maioritário e o que tem vindo a ser adotado pelos nossos Tribunais, existe um setor doutrinário que a ele não adere, referimo-nos ao Professor PEDRO ROMANO MARTINEZ, o qual defende que nem sempre, no âmbito da responsabilidade contratual, se impõe a verificação cumulativa dos pressupostos acima mencionados. Defende o Professor que existem situações em que estes pressupostos podem não estar cumulativamente preenchidos, à exceção do dano e sua imputação ao lesante, cujo preenchimento é imprescindível em qualquer modalidade da responsabilidade civil.<sup>157</sup>

Adotando o entendimento maioritário de que não existe uma divergência nos pressupostos de ambas as modalidades de responsabilidade civil, impõe-se agora a análise de cada um, sendo que, no âmbito das ações de responsabilidade médica se destaca a questão da ilicitude, culpa e dano, os quais serão abordados mais aprofundadamente através da análise do recente Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10 de janeiro de 2019.<sup>158</sup>

Neste caso foi intentada uma ação de responsabilidade médica contra um médico dentista pelo facto de a paciente se ter submetido a um tratamento que lhe foi proposto para correção de aparência dental (tratamento de ortodontia) e após esse tratamento apresentar várias queixas, não tendo a paciente sido informada do risco de ficar a padecer de dificuldades mastigatórias, diminuição de continência oral, alterações faciais e até de reabsorção radicular.

Assim, ao existir uma violação do dever de informar e, consequentemente, uma violação do direito à autodeterminação e autonomia do paciente, impõe-se a análise dos demais pressupostos da responsabilidade civil que agora analisaremos.

---

<sup>157</sup>MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações... Ob. Cit.* p.109

<sup>158</sup>Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Processo n.º 3192/14.8TBBRG.G1, Relatora Sandra Melo, de 10/01/2019.



### 11.1.1. Facto

O facto enquanto pressuposto da responsabilidade civil pode ser definido como a *“conduta da pessoa que está obrigada a indemnizar”* e justifica-se atendendo à necessidade de se excluïrem das ações de responsabilização os factos naturais causadores de danos, as situações de força maior ou fortuitas.<sup>159</sup>

A conduta da pessoa obrigada a indemnizar deve ser voluntária, o que é o mesmo que dizer que deve ser controlável pela vontade, pelo que os factos que não dependem da vontade humana ou que por esta são incontroláveis não têm qualquer relevância jurídica para efeitos de responsabilidade civil.

Porém, tal não significa que só sejam relevantes os factos intencionais ou queridos, pois como bem se sabe, no nosso ordenamento jurídico atribui-se relevância jurídica às situações de atuação negligente, em que o lesante não atuou com o intuito de atingir aqueles efeitos.

O facto pode assumir duas vertentes, uma vertente ativa, que segundo o Professor MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA se traduz na *“violação de um dever jurídico de não intromissão na esfera de outra pessoa, titular do correspondente direito absoluto”*, e uma vertente omissiva, que se traduz na abstenção de um dever ou comportamento que lhe era imposto.<sup>160</sup>

A vertente omissiva é mais complexa pois o comportamento omissivo só tem relevância jurídica se existir um dever jurídico de praticar o ato que foi pelo lesante omitido, veja-se o artigo 486.º do CC: *“as simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou do negócio jurídico, o dever de praticar o ato omitido.”*

Na nossa ordem jurídica, é imposto, por lei, para toda e qualquer intervenção ou tratamento o médico, o dever de o médico obter o consentimento do paciente a que àquela se ira submeter, o qual só é válido se devidamente informado e esclarecido (art. 5.º CEDH Bio, art. 156.º e 157.º do CP).

---

<sup>159</sup>COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações... Ob. Cit.* p.558

<sup>160</sup>*Ibidem.*

Significa isto que nas ações de responsabilidade civil médica, por violação do consentimento informado, o facto, enquanto pressuposto da responsabilidade civil do médico, traduz-se na conduta de não esclarecimento e, consequentemente, na não obtenção do consentimento necessário.

Neste sentido, também se posiciona o Tribunal da Relação de Guimarães que no acórdão supra citado, considera ser facto, a conduta omissiva do médico, isto é, a conduta de o mesmo não esclarecer o paciente do teor da intervenção e seus riscos e consequentemente de não obter o consentimento da paciente que se submeteu ao tratamento médico dentário.<sup>161</sup>

#### **11.1.2. Ilícitude**

O segundo pressuposto da responsabilidade civil é a ilicitude assumindo esta especial relevância porquanto “*o facto voluntário que lesa interesses alheios só obriga a reparação havendo ilicitude*”.<sup>162</sup>

A questão que agora se coloca é a de saber o que é a ilicitude e esta pode ser definida como a desconformidade existente entre a conduta que era devida e o comportamento adotado e observado. Ou seja, a ilicitude traduz-se na “*violação de um direito de outrem, ou violação da lei que protege interesses alheios, ou por meio de infração das leis que mesmo que só reflexamente atendam aos interesses particulares subjacentes, por visarem a proteção de interesses coletivos (...)*”.<sup>163</sup>

No âmbito da medicina são frequentes as ações de responsabilidade civil por erro médico e por falta do consentimento livre e consciente do paciente.

Como já referimos, a nossa ordem jurídica incrimina as intervenções ou tratamentos médicos realizados sem a prévia obtenção do consentimento válido do paciente, sendo que um dos pressupostos dessa validade é o mesmo ser informado e livre.

---

<sup>161</sup>Cfr. Ac. TRG de 10/01/2019 supra indicado na nota <sup>158</sup>

<sup>162</sup>COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações... Ob. Cit.* p.561

<sup>163</sup>Cfr. Ac. TRG de 10/01/2019 supra indicado na nota <sup>158</sup>

Portanto, o paciente só consente validamente se dotado dos elementos necessários a uma tomada de decisão objetiva, isto é, se devidamente esclarecido acerca da índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou tratamento (artigos 156.º e 157.º do CP).

Logo, sempre que o médico não esclareça o paciente ou informe dos contornos da intervenção a que o paciente se irá submeter, está a violar o dever de informar o doente, o qual lhe era imposto não só pela ordem moral ou deontológica mas também pela própria lei. Veja-se que a violação culposa de tal dever, além de ser suscetível de constituir o lesante na obrigação de indemnizar, é suscetível de gerar a sua responsabilização criminal, pois, como vimos, a intervenção médica não consentida é violadora da autonomia do paciente e da sua autodeterminação e poderá eventualmente ser violadora da integridade física, se não respeitadas as *legis artis*.

Portanto, podemos concluir que em termos delituais a ilicitude se traduz na violação de direitos absolutos, nomeadamente, o direito de autodeterminação do paciente e sua autonomia pois, como já foi referido, o incumprimento do dever de informar o paciente tem como consequência a ineficácia do consentimento prestado e, consequentemente, a intervenção médica não é permitida e, por isso, é ilícita.

Por outro lado, tendo sido celebrado um contrato de prestação de serviços médicos deverá, ao invés, aplicar-se a responsabilidade contratual sendo que nesta modalidade, a ilicitude traduzir-se-á *“no incumprimento da obrigação prévia à prestação do tratamento, mas que lhe é inerente, (...) consistente na prestação de informações relativas ao risco do procedimento”*.<sup>164</sup> Ou seja, na responsabilidade contratual o ilícito não se traduz na violação da lei ou dos direitos de qualquer pessoa, ainda que essa violação possa também existir, mas sim na violação do contrato, isto é, no seu incumprimento ou cumprimento defeituoso.

Em suma, a ilicitude no âmbito das ações de responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado, traduz-se na violação do dever de informar que

---

<sup>164</sup>Cfr. Ac. TRG de 10/01/2019 supra indicado na nota <sup>158</sup>

determina, por consequência, a violação do direito de autodeterminação, e eventualmente, integridade física (se existir violação das *legis artis*).

No Acórdão citado, não existem dúvidas de que foi celebrado um contrato de prestação de serviços entre o médico e a paciente subsumível ao regime do artigo 1157.º ss. do CC, pelo que se têm por aplicáveis as regras da responsabilidade civil contratual. Por isso, neste caso, e segundo o Tribunal a ilicitude traduz-se no *“incumprimento da obrigação obrigacional prévia à prestação do tratamento, mas que lhe é inerente (discute-se se esta é uma obrigação acessória), consistente na prestação de informações relativa ao risco do procedimento.”*<sup>165</sup>

Por outro lado não podemos descurar que se fosse aplicável a modalidade de responsabilidade extracontratual, a ilicitude traduzir-se-ia *“no incumprimento deste mesmo dever deontológico, necessário para obter o consentimento esclarecido que permitam ao médico intervir no doente (sem prejuízo dos casos excecionais, em que este se deva presumir). E por essa via, chega-se à prática de atos lesivos no corpo da A., sem consentimento válido que o permitisse.”*<sup>166</sup>

Contudo, como já foi referido aderimos ao entendimento de que apesar de o médico poder ser demandado tanto a título de responsabilidade contratual, como extracontratual, não pode ser demandado a título de ambas, assumindo então prevalência, neste caso, a responsabilidade contratual, pelas já antes mencionadas razões.

#### **11.1.2.1 Consentimento do lesado**

Apesar de a ilicitude constituir um pressuposto de particular relevância no âmbito da responsabilidade civil, no nosso ordenamento jurídico, encontram-se consagradas diferentes causas que retiram a ilicitude ao facto que causou o dano, merecendo aqui referência, o consentimento do lesado.

---

<sup>165</sup>Cfr. Ac. TRG de 10/01/2019 supra indicado na nota <sup>158</sup>

<sup>166</sup>Cfr. Ac. TRG de 10/01/2019 supra indicado na nota <sup>158</sup>

O consentimento do lesado encontra-se consagrado do no artigo 340.º, n.º 1 e 2 do CC, resultando deste que *“o ato lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão”*.

Significa isto, que havendo consentimento do lesado, a lesão ocorrida tem-se por lícita, desaparecendo, assim, o fundamento da obrigação de indemnizar e, consequentemente, da ação de responsabilidade civil.<sup>167</sup>

Deste modo, também as intervenções médicas para as quais foi obtido o consentimento do paciente são consideradas lícitas (mesmo que das mesmas advenham lesões para o paciente). Só assim não é, se o consentimento prestado ofender a ordem pública, a lei ou os bons costumes.

Por fim e ainda que já tenha sido anteriormente analisado, não podemos descurar o facto de no nosso ordenamento jurídico se presumir o consentimento em certas circunstâncias (art. 340.º, n.º 3 do CC), como são os casos em que é impossível a obtenção do consentimento do paciente, sem tal implicar perigo para a sua vida ou o agravamento do seu estado de saúde.

### **11.1.3. Culpa**

A responsabilidade civil pressupõe a culpa do agente, quer na modalidade extracontratual, quer na contratual (art. 483.º e 798.º do CC).

No nosso ordenamento jurídico, a culpa pode definir-se como a imputação de determinado ato ao agente em questão, isto é, a *“imputação de um ato ilícito ao seu autor, traduzida no juízo segundo o qual este deveria ter-se absterido desse ato”*.<sup>168</sup> Portanto, de certa forma, a culpa é vista como um juízo de desvalor ou de censura pelo facto de o agente ter agido de forma contrária à que lhe era imposta, quando podia e devia ter agido de forma conforme as normas.

---

<sup>167</sup>COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações... Ob. Cit.* pp.576-578.

<sup>168</sup>TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p.346.

No caso dos médicos, importa que os mesmos se pautem de acordo com as normas legais, praticando os seus atos com observância das *legis artis* (normas jurídicas, técnicas e deontológicas, designadamente as constantes do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, dos protocolos médicos, *guidelines* e das próprias reuniões e conferências médicas que se realizam nos hospitais, onde se faz um balanço dos estados dos doentes em cada serviço e se tomam decisões a seguir, sem prejuízo da denominada liberdade terapêutica a seguir pelo médico que, na medida do possível, deve ser compaginada com as sobreditas *legis artis*).

Significa isto que para que um facto possa ser imputado ao lesante deve haver um nexó psicológico-normativo entre o facto ocorrido e a vontade do lesante. E, esse nexó assim concebido, pode classificar-se como doloso ou negligente, consoante o ato médico ou a omissão tenha sido praticada com dolo (em qualquer das suas modalidades) ou com a violação do dever de cuidado objetivo que o exercício da profissão médica naturalmente exige, ou seja com a prudência e diligência de um médico com as qualidades e preparação técnico-científica do médico em referência.<sup>169</sup>

Quando se refere que o nexó é psicológico, pode passar a ideia da restauração da conceção psicológica de culpa, de índole positivista naturalista, mas não é assim.

O conceito de culpa em Direito Civil é um conceito normativo, isto é, elaborado pelo Direito, mas que não pode prescindir do seu substrato psicológico que, efetivamente, consiste na ligação do ato ao agente.

No entanto, no âmbito das ações de responsabilidade civil médica são pouco frequentes os casos em que o médico atua com a intenção direta de produzir determinado facto ilícito (dolo direto), bem como são pouco frequentes os casos em que o médico atua com conhecimento da possibilidade de a sua atuação resultar aquele efeito, conformando-se com o mesmo (dolo eventual), ou em que não atuando com a intenção de produzir o facto ilícito, o quis como consequência necessária da sua atuação (dolo necessário).

---

<sup>169</sup>Cfr. Ac. TRG de 10/01/2019, supra indicado na nota <sup>158</sup>

Portanto, o médico, regra geral, não atua com a intenção de violar o dever de informar e consequentemente violar o direito de autodeterminação, liberdade e eventualmente integridade.

Assim, a violação de tais direitos decorre, regra geral, devido a um comportamento omissivo de diligências exigíveis, isto é, devido a um comportamento negligente, de imprudência ou até de leviandade.

Veja-se que, na nossa ordem jurídica, a negligência é definida como *“a omissão da diligência exigível do agente, porquanto implica sempre a não conformação com o resultado”*.

A culpa tende então a ser apreciada com base no critério do *bonus pater familias*, mas tem-se entendido que tal critério deve ser adaptado quando de responsabilidade médica se trate. Pelo que, deve antes atender-se ao critério do médico médio segundo o qual deve o médico *“atuar de acordo com o cuidado, a perícia, e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo”*, exigindo-se que o mesmo *“atue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo ofício”*.<sup>170</sup>

Atualmente, encontra-se consagrado em diferentes preceitos, o dever de o médico informar o paciente acerca do âmbito da intervenção médica, seus riscos, consequências e alternativas, sendo que, além da consagração legal de tal dever, o mesmo também se encontra consagrado deontologicamente. Portanto, é expectável que o médico enquanto profissional de saúde cumpra as suas obrigações legais e deontológicas, entre as quais, o dever de informar o paciente.

Pelo que, dúvidas não existem de que médico tem o dever de prestar a informação ao paciente e de que não se verificando qualquer impossibilidade justificativa de o fazer, o médico omite um dever que lhe era imposto.

Ou seja, impondo-se ao médico o dever de informar o paciente acerca do âmbito de certa intervenção médica e não o tendo feito, por mera omissão, isto é, sem qualquer

---

<sup>170</sup>DIAS, João Álvaro, “Culpa médica: algumas ideias-força” in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n. 95, ano 4, 1995, pp. 21-23

razão justificativa, então o mesmo atua negligentemente, porquanto era exigível que o fizesse e teve a oportunidade de o fazer.

Em suma, nas ações de responsabilidade civil médica, por violação do consentimento informado, quer em termos delituais, quer em termos obrigacionais, o médico adota uma conduta omissiva e reprovável porquanto lhe era imposta por lei e possível uma atuação diferente, isto é, uma atuação conforme.<sup>171</sup>

Por fim e ainda a propósito da culpa, veja-se que o próprio Tribunal da Relação de Guimarães no acórdão supra mencionado, entende que apesar de o médico não agir de forma deliberada, ao omitir a informação, tal dever era-lhe imposto, por isso, tendo a oportunidade de o fazer e não o tendo feito, age com culpa ainda que no seu sentido negligente.<sup>172</sup>

Posto isto, importa apenas relembrar que em termos de culpa se coloca a questão relativa ao ónus da prova, a qual, já foi analisada no ponto décimo da presente dissertação, para o qual desde já se remete, no qual se concluiu que o entendimento maioritário é o de que, quer numa, quer noutra modalidade de responsabilidade civil, o ónus da prova incumbe ao médico.

#### **11.1.4. Dano**

A obrigação de indemnizar pressupõe ainda a ocorrência de pelo menos um dano, o qual pode ser definido como *“toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”*.<sup>173</sup>

Nas expressivas palavras do Professor MENEZES CORDEIRO, «o dano é a supressão ou diminuição duma situação favorável que estava protegida pelo direito».<sup>174</sup> Este requisito é imprescindível, porquanto sem a ocorrência de um dano não existe motivo

---

<sup>171</sup>Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º209/06.3TVPR.T.P1. S1, Relator Gregório Silva Jesus, de 15/12/2011.

<sup>172</sup>Cfr. Ac. TRG de 10/01/2019, supra indicado na nota <sup>158</sup>

<sup>173</sup>COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações... Ob. Cit.* p.591

<sup>174</sup>CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações... Ob. Cit.* p. 283



para se impor a alguém a obrigação de indenizar e, conseqüentemente, não existe fundamento para uma ação de responsabilidade civil.

Atualmente, no nosso ordenamento jurídico, encontram-se consagradas duas modalidades de danos: os danos patrimoniais e os danos não patrimoniais. Os primeiros correspondem aos danos que são suscetíveis de avaliação pecuniária e os segundos correspondem aos danos que não são suscetíveis de avaliação pecuniária, mas enquadráveis na esfera da moralidade ou espiritualidade.

Ambas as modalidades de danos existem e são suscetíveis de ressarcimento, numa e noutra modalidade de responsabilidade civil, isto é, tanto na responsabilidade extracontratual, como na responsabilidade contratual são indenizáveis quer os danos patrimoniais, quer os danos não patrimoniais, ainda que nem sempre assim tivesse sido.

Veja-se que na vigência do Código de Vaz Serra era discutível o ressarcimento dos danos não patrimoniais, existindo quem defendesse que os danos não patrimoniais não deveriam ser ressarcidos, e, em sentido contrário, quem entendesse que tais danos deveriam ser também ressarcíveis.

Contra o ressarcimento dos danos não patrimoniais, foram avançados argumentos relacionados com a irreparabilidade deste tipo de danos, isto é, entendiam que os danos não patrimoniais não deveriam ser ressarcíveis porquanto os mesmos eram insuscetíveis de uma avaliação pecuniária e, por isso, a indenização (em dinheiro) não eliminava de forma alguma os danos sofridos pelo lesando. Portanto, este setor doutrinário entendia que a compensação de danos não patrimoniais era impossível dado o arbítrio a que se assistiria face à impossibilidade de quantificar o prejuízo sofrido.

O atual Código Civil pôs fim a esta divergência doutrinária aderindo à última posição sufragada, o que significa que em termos gerais, foi aceite a posição de ressarcimento dos danos não patrimoniais, desde que os mesmos, pela sua gravidade, mereçam tutela do direito.

No entanto, este entendimento encontra-se consagrado no artigo 496.º do Código Civil, o qual se encontra enquadrado no âmbito da responsabilidade civil

extracontratual, pelo que se coloca a questão de saber se o ressarcimento de tais danos se encontra também consagrado no âmbito da responsabilidade civil contratual.

Ou seja, surge a questão de saber se, existindo a violação de um contrato, o lesado pode reclamar o ressarcimento de danos não patrimoniais que resultem da violação do mesmo. E, apesar de existirem posições divergentes, o entendimento maioritário é o de que os danos não patrimoniais devem também ser ressarcíveis no âmbito da responsabilidade civil contratual.

Neste sentido, posicionam-se, entre outros, os Professores PESSOA JORGE, GALVÃO TELLES, e MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, os quais entendem que *“não se vê motivo para excluir a própria esfera da responsabilidade contratual”, e que “não há entre esta e a responsabilidade extracontratual diferenças essenciais que fundamentem outra conclusão. Efetivamente, embora no domínio do incumprimento das obrigações em sentido técnico se produzam tais danos com menor frequência e intensidade, podem verificar-se hipóteses em que bem se justifique uma compensação por danos não patrimoniais, dentro do critério do artigo 496.º CC.”*.<sup>175</sup>

Do mesmo modo, o Professor GALVÃO TELLES entende que não existem diferenças entre a responsabilidade civil extracontratual e a responsabilidade civil contratual que justifiquem o ressarcimento dos danos não patrimoniais apenas no âmbito da primeira e não no âmbito da segunda modalidade de responsabilidade. Avançando, ainda, que se assim fosse, isto é, se apenas se considerasse que o ressarcimento de danos não patrimoniais se encontrava limitado ao âmbito da responsabilidade extracontratual, então estar-se-ia a excluir a responsabilidade dos médicos, quando apesar de vinculados contratualmente aos seus pacientes, incumprissem culposamente as suas obrigações causando aos últimos danos não patrimoniais.<sup>176</sup>

Assim, atualmente, deve considerar-se que os danos não patrimoniais que pela sua gravidade mereçam tutela do direito, serão ressarcíveis quer no âmbito da responsabilidade extracontratual, quer no âmbito da responsabilidade contratual. Portanto, é a gravidade dos danos não patrimoniais sofridos que fundamenta o

---

<sup>175</sup>*Idem*, p. 603.

<sup>176</sup>TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações, Ob. Cit.*, p. 302.

ressarcimento independentemente da sua integração no âmbito da tutela extracontratual ou contratual.

No âmbito das ações de responsabilidade civil médica, por violação do consentimento informado, tem-se entendido que são indemnizáveis quer os danos patrimoniais, quer os danos não patrimoniais. Os primeiros porque são frequentes os quadros dolorosos, os desgostos morais e até os danos estéticos e os segundos porque com a violação do consentimento informado são frequentes (implicitamente) as despesas com outros tratamentos, deslocações para consultas e até as situações em que a capacidade de trabalho do paciente fica afetada temporária ou definitivamente.

Neste sentido, veja-se o já citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2018, no qual o STJ, confrontando com um caso de perfuração do colon do intestino e de violação do consentimento informado, considera serem ressarcíveis quer os danos não patrimoniais, quer os danos patrimoniais que advém do facto ilícito e culposo.<sup>177</sup>

O STJ adota a posição do Professor ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, segundo o qual se impõe a distinção das situações em que existe uma intervenção médica não consentida, sem agravamento do estado de saúde do paciente, caso em que serão indemnizáveis os danos não patrimoniais face à violação do bem jurídico liberdade; das situações em que a intervenção médica não foi consentida e da mesma advém danos ou riscos próprios da intervenção, caso em que serão indemnizáveis quer os danos não patrimoniais (resultantes da violação do direito de autodeterminação e liberdade) mas também os danos patrimoniais (resultantes do agravamento do estado de saúde do paciente).

Adotando tal entendimento e considerando que no acórdão mencionado a intervenção não foi validamente consentida pelo paciente, face à violação do dever de informar, e tendo ocorrido a perfuração do colon do intestino do paciente, estaremos perante uma situação de ressarcimento de ambos os danos (patrimoniais e não patrimoniais).

---

<sup>177</sup>Cfr. Ac. STJ de 22/03/2018, supra indicado na nota <sup>70</sup>

Os primeiros porquanto se verificaram riscos próprios do exame de colonoscopia, como é a perfuração do colon, que se traduziu no agravamento do estado de saúde do paciente e na consequente necessidade de o paciente suportar novas despesas com novos tratamentos, intervenções e até deslocações; e os segundos, porquanto o paciente sofreu com dores físicas, sentimentos de angústia, revolta, desespero, bem como os danos estéticos que o paciente sofreu atendendo à colocação de um saco de colostomia que o fez ficar dependente de terceiros para as demais tarefas básicas da vida como é o banho e mudança de roupa.

Aqui chegados, importa referir que tem sido discutida a admissibilidade da perda de oportunidade como um dano próprio suscetível de indemnização.

A discussão desta questão jurídica surge não só no plano nacional, em que, maioritariamente, se tem entendido que a perda de oportunidade não é um dano indemnizável, mas também internacionalmente, veja-se que no direito alemão e inglês o entendimento maioritário é o de que a perda de oportunidade é um dano indemnizável.

Cingindo-nos à nossa ordem jurídica, os argumentos avançados contra a admissibilidade da perda de oportunidade como dano indemnizável, prendem-se, sobretudo, com a ideia de que inexistente um nexo de causalidade entre o facto e o dano, e com a ideia que admitir tal indemnização seria admitir uma sobrecompensação ao lesado.

A inexistência do nexo de causalidade *“resulta do facto de serem incertas as probabilidades de que essa oportunidade conduzisse ao ganho visado não se conseguindo demonstrar uma conditio sine qua non”* e a sobrecompensação *“resulta do facto de a generalidade da indemnização pela perda de oportunidade conduzir a múltiplas indemnizações em casos em que nenhum dano poderia ser indemnizado”*.<sup>178</sup>

Estes argumentos têm vindo a ser derrubados pelo Professor MENEZES LEITÃO, o qual entende que a questão do nexo de causalidade não se coloca entre a lesão e o

---

<sup>178</sup>LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Perda de oportunidade como dano no direito português, Responsabilidade Civil - 50 anos em Portugal - 15 anos no Brasil, Volume II*, Coimbra, Edição Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra, 2018, pp. 141-151.

resultado, mas ao invés, entre a lesão e a respetiva perda de oportunidade daí ser possível considerar que a causalidade pode ser preenchida.

Além disso, cai também por terra o argumento da sobrecompensação, se estabelecermos como critério de indemnização para a perda de oportunidade, o grau razoável de verificação.

Perante esta contra-argumentação, também nós aderimos à posição do Professor MENEZES LEITÃO de admitir a perda de oportunidade como um dano indemnizável.

A este entendimento também têm vindo a aderir os Tribunais, nomeadamente, o STJ que já no referido Acórdão de 22 de março de 2018, defende que a perda de oportunidade de a Autora decidir não correr os riscos da lesão deve ser ressarcida pelo facto de a perda de oportunidade acabar por constituir um dano provocado pela não prestação da informação que era devida.<sup>179</sup>

Em suma, no âmbito das ações de responsabilidade civil médica por violação do consentimento informado, regra geral, são suscetíveis de indemnização os danos patrimoniais, os danos não patrimoniais e eventualmente o dano de perda de oportunidade.

A propósito dos danos, também se posicionou, a título exemplificativo, o Tribunal da Relação de Guimarães no acórdão supracitado, no sentido de considerar que quer a violação da integridade física, quer a violação da integridade psíquica (na sua vertente de direito de autodeterminação), exigem uma compensação. E acrescenta, à semelhança do que tem vindo a ser já entendimento de outros Tribunais, nomeadamente do STJ, que pode haver lugar à indemnização do designado “dano biológico”.

Neste sentido, veja-se que a Juíza Conselheira MARIA DA GRAÇA TRIGO tende a considerar que o dano biológico constitui um dano real ou um dano-evento e, por isso,

---

<sup>179</sup>Cfr. Ac. STJ de 22/03/2018, supra indicado na nota <sup>70</sup>

as consequências do mesmo integram-se quer no âmbito dos danos patrimoniais, quer no âmbito dos danos não patrimoniais.<sup>180</sup>

Deste modo, se considerarmos que a lesão dos bens pessoais da paciente (designadamente, a sua saúde) constitui um dano-evento dada a incapacidade funcional da paciente (*i.e.*, dada a afetação da sua capacidade respiratória, do sono, da fala, resistência e até mastigação) que acaba por afetar a sua capacidade de rendimento profissional, então é também indemnizável o designado biológico ainda que neste caso a vertente não patrimonial tenha mais expressão.

#### **11.1.5. Nexos de causalidade**

A acrescentar aos pressupostos acima analisados surge a exigência de um nexo de causalidade entre o facto ilícito e culposo e o dano sofrido, o qual assume relevância crescente pelo facto de influenciar a medida da obrigação de indemnizar.

A referência a este pressuposto surge logo no artigo 483.º, n.º 1 do CC quando o mesmo dispõe que o agente fica adstrito a indemnizar “*pelos danos resultantes da violação*”. Portanto, facilmente se compreende que só os danos com um nexo de causalidade ao facto serão suscetíveis de ressarcimento.

O problema que agora se coloca é o de determinar os limites em que se admite a existência desse nexo de causalidade, isto é, o de saber como determinar se existe ou não um nexo de causalidade entre o facto ilícito e culposo do médico e o respetivo dano sofrido pelo paciente.

Neste sentido, têm sido avançadas diferentes teorias entre as quais, a teoria da *conditio sine qua non*, a teoria da última condição, a teoria da causalidade adequada e a teoria do escopo da norma violada conjugada com a do incremento do risco.

Não pretendendo uma análise exaustiva de cada uma destas teorias, passaremos a uma breve alusão dos aspetos pertinentes de cada uma destas e da sua relevância.

---

<sup>180</sup>TRIGO, Maria da Graça, *Adopção do conceito de “Dano Biológico” pelo Direito Português*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 653

Aderir à teoria da *conditio sine qua non* é considerar “*causa de um evento toda e qualquer condição que tenha concorrido para a sua produção, em termos tais que a sua não ocorrência implicaria que o evento deixasse de se verificar*”.<sup>181</sup> Ou seja, “*consideram-se prejuízos causados por um facto todos os que não se teriam produzido se esse facto, embora concorrendo com outras causas, não houvesse sido praticado*”.<sup>182</sup>

A adesão a esta teoria tem vindo a ser criticada pelo facto de a mesma ser demasiado abrangente e, conseqüentemente, conduzir a resultados absurdos pelo facto de com esta se estar a excluir a possibilidade de seleccionar as condições juridicamente relevantes.

Atendendo às fragilidades desta teoria, a doutrina avançou com a teoria da última condição, segundo a qual só se considera causa de determinado evento a última condição verificada, ou seja, a causa do evento será sempre a que se encontre cronologicamente mais próxima do mesmo.

Contudo, também esta teoria é merecedora de fortes críticas uma vez que não fará sentido colocar a relevância do processo causal na última condição ocorrida que poderá até ser consequência de uma condição que a precedeu. Além de que, não parece que seja exigível que o dano seja produzido diretamente pela ação, podendo o mesmo ser produzido indiretamente conforme resulta do disposto do artigo 564.º, n.º 2 do CC.

Perante as críticas às concepções acima analisadas e com o intuito de as rebater, formulou-se a teoria da causalidade adequada. Para esta, “*para que exista nexa de causalidade entre o facto e o dano não basta que o facto tenha sido em concreto causa do dano, em termos conditio sine qua non. É necessário que, em abstrato, seja também adequado a produzi-lo, segundo o curso normal das coisas*”.<sup>183</sup>

Por esta razão, podemos afirmar que associado à teoria da causalidade adequada se encontra um juízo de prognose póstuma, através do qual se deve avaliar se o facto é

---

<sup>181</sup>LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações ... Ob. Cit.*, p. 312.

<sup>182</sup>COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações ... Ob. Cit.* p.761.

<sup>183</sup>LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações ... Ob. Cit.*, p. 314.

ou não suscetível de produzir o dano em questão (segundo o curso normal das coisas e as regras da experiência).

Assim, segundo esta teoria podem ser múltiplas as condições que concorrem para a produção de um determinado evento e, por isso, deve seleccionar-se aquela que segundo o juízo de prognose póstuma é a adequada à ocorrência do dano que se verificou.

Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09 de setembro de 2018, que a propósito da teoria da causalidade adequada e citando o entendimento dos Professores RUI DE ALARCÃO e ANTUNES VARELA, considera que *“não basta que um facto seja condição de um dano para se considerar causa dele, sendo necessário que se trate de uma condição tal que provoque o mesmo resultado, como consequência normal e adequada.”*<sup>184</sup>

Deste modo, segundo a teoria da causalidade adequada existe nexo de causalidade desde que, o facto seja imprescindível para a ocorrência do dano produzido e desde que segundo o curso normal das coisas e as regras de experiência o mesmo seja adequado a produzir o dano.<sup>185</sup>

A nossa lei no artigo 563.º do CC dispõe que: *“A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”*, e por isso, adere à teoria da causalidade adequada.

Por isso, aderindo-se a esta teoria *“só será causa jurídica do dano no paciente, a conduta (culposa) do médico que, segundo um juízo a posteriori formulado, revela-se idónea para a produção de tal resultado”*.<sup>186</sup>

No âmbito das ações de responsabilidade civil, por violação do consentimento informado, tem-se entendido que existe nexo de causalidade entre a intervenção médica sem a prévia prestação da informação e sem o consentimento do paciente e as

---

<sup>184</sup>Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 2298/17.6T8PRT.P1, Relatora Fernanda Almeida, de 09/09/2019.

<sup>185</sup>Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 03A1902, Relator Azevedo Ramos, de 01/07/2003.

<sup>186</sup>RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Reflexões... Ob. Cit.*, p. 215



lesões geradas por aquela mesma intervenção. E assim é porque *“sem a devida informação o paciente não pode dar um consentimento esclarecido e válido, o médico omite tais informações, ao realizar o procedimento, age sem o consentimento (eficaz) do paciente e por isso tem que responder por todas as consequências danosas que o seu ilícito provocou”*.<sup>187</sup>

Do mesmo modo e a propósito do nexo de causalidade entre o facto e o dano no âmbito das ações de responsabilidade civil fundadas na falta de consentimento do paciente, veja-se também o recente entendimento adotado pelo Tribunal da Relação de Guimarães, segundo o qual *“seja porque se entende que há que presumir que, caso a informação fosse prestada, a Autora não aceitaria o procedimento, seja porque se entende que tudo se deve passar como se esta não o tivesse dado, porque estava inquinado de falta de informação, consistindo então o ato danoso no próprio procedimento médico, havendo que indemnizar os danos que a Autora não teria tido se não fosse a realização do procedimento, encontra-se aqui sempre uma relação de causalidade adequada entre a realização do tratamento sem a devida informação e as lesões originas por este.”*<sup>188</sup>

Em síntese, adotando-se a teoria da causalidade adequada, regra geral, existe nexo de causalidade entre a intervenção médica não consentida e os danos gerados por aquela intervenção.

Sucede que, apesar da teoria da causalidade ser a adotada pela nossa ordem jurídica, a mesma não garante uma resposta eficiente a muitas situações, nomeadamente, às situações de fronteira como são as condutas ilícitas por omissão, as condutas negligentes, bem como todas as condutas relacionadas com deveres de tráfego e proteção, pelo que como alternativa o Professor MENEZES CORDEIRO, entre outros, avança com a teoria do escopo da norma jurídica violada.

Para esta teoria *“a causalidade juridicamente relevante verifica-se em relação aos danos causados pelo facto, em termos de conditio sine qua non, nos bens tutelados*

---

<sup>187</sup>Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexo de causalidade ...*

<sup>188</sup>Cfr. Ac. TRG de 10/01/2019 supra indicado na nota <sup>158</sup>

*pela norma jurídica violada*”<sup>189</sup>, o que significa que só existirá nexo de causalidade se os danos que advierem de determinado facto corresponderem à frustração das utilidades que a norma violada visava tutelar enquanto norma de proteção.

Assim, podemos concluir que a teoria do escopo da norma violada se encontra associada a um exercício de interpretação da norma porquanto só existirá nexo de causalidade se o evento danoso recair no âmbito de proteção daquela.

Neste sentido também se posiciona o Professor MENEZES LEITÃO que a título de exemplo e a propósito da teoria em análise acrescenta: *“Já a teoria do escopo da norma violada defende, pelo contrário, que para o estabelecimento do nexo de causalidade é apenas necessário averiguar se os danos que resultaram do facto correspondem à frustração das utilidades que a norma visava conferir ao sujeito através do direito subjetivo ou da norma de proteção. Assim, a questão da determinação do nexo de causalidade acaba por se reconduzir a um problema de interpretação do conteúdo e fim específico da norma que serviu de base à imputação dos danos (...).”*<sup>190</sup>

Posto isto, se considerarmos que as normas jurídicas que impõem ao médico o dever de obtenção do consentimento e o dever de esclarecimento (artigos 156.º e 157.º CP), são normas que visam a proteção da personalidade do paciente (proteção física e moral), então a sua omissão acaba por gerar danos que aquelas normas visam tutelar daí a existência de nexo de causalidade com fundamento no escopo da norma violada. Ou seja, as normas que impõem o dever de obter o consentimento e o esclarecimento visam de certa forma tutelar a personalidade do paciente (a sua integridade, a sua liberdade – cf. artigo 70.º CC), pelo que a omissão de tais deveres gera danos que aquelas normas visam reprimir.

Em suma, nos casos de responsabilidade médica por violação do consentimento informado, quer se adira à teoria da causalidade adequada que é a que se encontra consagrada na lei, quer se adira à teoria do escopo da norma violada, podemos presumir que, à partida, existirá nexo causal se o dano respeitar a um direito de personalidade

---

<sup>189</sup>CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, Ob. Cit.*, pp.537 -550

<sup>190</sup>LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações... Ob. Cit.* p.348.

como é o caso do direito à autodeterminação e desde que o acervo factual provado admita tal presunção.

## **12. Obrigação de indemnizar**

Como já foi referido anteriormente, a responsabilidade civil é um instituto que visa, essencialmente, garantir a segurança das pessoas e o ressarcimento dos danos sofridos pelo lesado censurando, o agente que pratica um facto ilícito.

Portanto, a obrigação de indemnizar acaba por constituir um efeito da responsabilidade civil comum às suas demais modalidades em que o princípio geral se cinge ao disposto no artigo 562.º do CC: *“Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não tivesse verificado o evento que obriga à reparação”*. Deste preceito, é possível extrair que não são ressarcíveis todos os danos, mas tão só os que advenham do facto ilícito, o que pressupõe a existência de um nexo de causalidade como foi já referido.

Aderindo à teoria da causalidade adequada, que é a que se encontra consagrada na lei, a obrigação de indemnizar limita-se aos danos causados por aquela lesão, o que é o mesmo que dizer que a obrigação de indemnizar se limita aos danos que o lesado, segundo um juízo de probabilidade, não teria sofrido se não fosse aquela lesão.

A questão que se coloca no caso específico das ações por ausência de consentimento informado é a de saber a que se cinge a obrigação de indemnizar pois na maioria dos casos desconhece-se, se se o paciente fosse devidamente informado, teria ou não consentido a intervenção médica. E o entendimento que tem vindo a ser acolhido pelos nossos Tribunais é o de que independentemente disso deve ser sempre ressarcida a perda de oportunidade do paciente se autodeterminar.

Neste sentido, veja-se o já aludido Acórdão do STJ de 22 de março de 2018 que a propósito desta questão refere: *“ (...) Também aqui não se sabe se a A. se tivesse sido devidamente informada dos riscos acrescidos de perfuração do intestino em razão dos*

*seus antecessores clínicos, teria ou não aceitado submeter-se à colonoscopia. De qualquer forma, quer o nexo de causalidade entre o facto ilícito e culposo do médico (a intervenção não devidamente autorizada) e os danos seja aferida pela causalidade adequada, quer pelo âmbito da proteção das normas que impõem o consentimento informado, sempre deverá ser ressarcida a perda de oportunidade de a A. decidir não correr os riscos da lesão”. E, acrescenta, que os respetivos réus, in casu, o médico e a seguradora, se encontram “obrigados a solidariamente, reparar os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pela A. com fundamento em falta de consentimento devidamente informado da A. para a realização da colonoscopia”.<sup>191</sup>*

Assim, podemos concluir que a obrigação de indemnizar se limita à reparação da situação que existiria se não fosse a lesão e, conseqüentemente, tendem a ser indemnizáveis quer os danos patrimoniais, quer os danos não patrimoniais.

Aqui chegados, podemos afirmar que findamos a presente dissertação com a consciência de ter abordado os aspetos mais relevantes daquela que é a teoria do consentimento informado, e a conseqüente responsabilização médica pela sua violação, não descurando, obviamente, de que outros assuntos existem, mas que não têm relevância para o tema.

Esperamos ter conseguido demonstrar a complexidade da matéria, sobretudo no que diz respeito à responsabilidade civil, pois esta questão exige especial cuidado no âmbito da responsabilidade médica.

Assume especial relevância em sede de responsabilidade médica a questão da ilicitude, a questão da culpa, dada a também complexidade dos atos médicos, bem como a questão do dano, pois, como se demonstrou, as ações médicas tendem a gerar danos não só patrimoniais, mas sobretudo não patrimoniais, isto porque, os direitos lesados são os direitos absolutos de índole essencialmente pessoal (saúde, corpo e liberdade de autodeterminação) e de uma delicadeza e relevo inegáveis.

---

<sup>191</sup>Ac. do STJ, de 22/03/2018 supra indicado na nota <sup>70</sup>

Deste modo, é atendendo aos direitos violados e à consequente complexidade da conduta médica, que o assunto responsabilidade civil, tem merecido cada vez mais pertinência.

Não queremos encerrar estas últimas considerações sem, aqui e agora, recordar as palavras de um notável Professor de Medicina e escritor, que foi o Doutor JOÃO LOBO ANTUNES e cujo legado no domínio das neurociências e neurocirurgia muito enriqueceu a Ciência e Literatura portuguesa:

*«O contrato tácito que fizemos com a sociedade que nos deu a liberdade de atuar como profissionais é fundamentalmente moral e supõe, para lá do contínuo aperfeiçoamento científico e técnico, uma reflexão ética correlativa. Mas não haja dúvida de que só iremos sobreviver, mantendo acesa uma chama que arde há muitos séculos, se soubermos exercer essa liberdade, não para garantir um privilégio, mas para cumprir um serviço» (João Lobo Antunes, “A Profissão de Médico” in «Memória de Nova Iorque e Outros Ensaios», Gradiva, 2003, pg. 249)*

## CONCLUSÕES

1. O consentimento informado, mediante o devido esclarecimento do médico, surge enquanto imperativo prévio de toda e qualquer atividade médica.
2. A sua origem resultou das experiências atrozes cometidas no ser humano sobretudo durante a segunda guerra mundial, pelos denominados «médicos malditos» (designação que ficou para a História daquele flagelo mundial).
3. Atualmente, o consentimento informado pode definir-se como um instrumento que permite ao paciente manifestar a sua vontade livre e esclarecida, ao consentir ou dissentir em determinada intervenção ou tratamento médico, ou seja, é um instrumento de exteriorização da vontade do paciente.
4. Contudo, dada a sua relevância, a validade do consentimento prestado pelo paciente depende da verificação cumulativa de um conjunto de requisitos, entre os quais, o cumprimento por parte do médico do dever de informação devidamente esclarecido quanto aos riscos e perigos mais frequentes decorrentes do próprio tratamento ou intervenção.
5. O dever de informar encontra-se consagrado em diferentes preceitos no nosso ordenamento jurídico, destacando-se, os artigos 156.º e 157.º do CP, o artigo 5.º CEDH Bio, e assume relevância extrema porquanto a sua violação constitui fundamento bastante para uma ação de responsabilidade civil médica por se assistir à violação do direito de autodeterminação e liberdade do paciente e, eventualmente, se desrespeitadas as *legis artis*, à violação da integridade física do paciente!

6. Atualmente, têm vindo a multiplicar-se os casos de responsabilidade médica por violação do consentimento informado, visando-se com estas, garantir o respeito pela autodeterminação, liberdade e integridade do paciente.
7. A questão da responsabilização do médico, que não é tão linear quanto pode parecer, implica o estudo aprofundado de outras temáticas, designadamente, a compreensão prévia da natureza da relação que se estabelece entre o médico e o respetivo paciente, isto porque, é essa mesma natureza que determina a aplicabilidade do regime da responsabilidade civil contratual ou negocial ou o regime da responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana.
8. A regra é a de aquela relação assumir uma natureza contratual, porquanto o médico e o paciente tendem a celebrar um contrato de prestação de serviços, mas, em certas circunstâncias e não havendo lugar há celebração de contrato, é ao invés, aplicável o regime da responsabilidade extracontratual, é o caso das situações de urgência médica, em que o paciente se encontra inconsciente, inexistindo liberdade contratual.
9. A aplicabilidade dos regimes de responsabilidade civil tem suscitado divergências doutrinárias, pois enquanto que para uns pode haver um concurso de responsabilidades (contratual e extracontratual), dada a possibilidade de existir um incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato, traduzido numa violação de direitos de personalidade, outros entendem que deve haver uma opção de responsabilidades (*i.e.*, consideram que o lesado deveria poder optar pela aplicabilidade de normas de uma ou outra modalidade de responsabilidade consoante as que lhe fossem mais favoráveis).

10. Perante esta divergência doutrinária, e atendendo à figura do concurso de responsabilidades, podemos concluir que, o regime da responsabilidade deverá ser devidamente ponderado optando-se frequentemente pelo regime da responsabilidade contratual dada a maior vantagem no domínio prescricional (20 anos) e também no domínio probatório (presunção de culpa do devedor).
11. Em suma, o regime da responsabilidade contratual afigura-se-nos que melhor tutela a posição do lesado, não só em termos prescricionais, pois em termos contratuais o prazo prescricional é de vinte anos (art.º 309.º CC), em vez de apenas três anos como sucede na responsabilidade extracontratual (art.º 498. CC), e ainda em termos probatórios, dada a presunção de culpa na modalidade contratual (art.º 799, n. º1 CC), contrariamente ao regime extracontratual em que o lesado tem de provar a culpa do autor da lesão (art.º 487, n.º 1 CC).
12. Tenha-se em atenção que o médico está em manifestas condições superiores às do lesado para poder fazer prova de que agiu com a devida diligência uma vez que não só domina a técnica médica, conhecendo o arsenal terapêutico e a nomenclatura do mesmo, como é ele que detém o processo clínico do doente onde ficam registados todos os factos e pequenos incidentes que porventura tenham ocorrido ao longo do processo terapêutico.
13. Deste modo, será aplicável o regime da responsabilidade contratual sempre que exista uma relação (contratual) entre o médico e o paciente e exista violação do contrato sob a forma de incumprimento ou cumprimento defeituoso e, por sua vez, será aplicável a responsabilidade extracontratual sempre que se assista à violação de direitos absolutos, pelo que o lesado pode ser qualquer pessoa. No caso do médico, a maior parte dos direitos lesados são absolutos (saúde, corpo ou liberdade de autodeterminação).



14. Nos casos de responsabilidade médica, ocorre frequentemente o mesmo poder ser demandado ou a título contratual ou a título extracontratual, mas nunca a título de ambas.
15. Esta complexidade é notória quer na técnica e estratégia da propositura da ação, quer no domínio da problemática das questões médicas, em que pontifica o conhecimento da etiologia do erro médico, dos eventos adversos, dos acidentes terapêuticos e complicações, das situações em que se verifica uma violação censurável das *legis artis*, atenta a liberdade terapêutica do médico, a não familiarização do jurista com a terminologia médica, a própria técnica do interrogatório das testemunhas (muitas delas médicos), as deficiências ou sínteses excessivas dos processos clínicos hospitalares, a capacidade da valoração do laudo pericial médico, a própria condução da audiência de julgamento eventualmente a cargo de quem não esteja traquejado nestes pleitos, tudo a demandar estudo e até especialização neste domínio.
16. Em suma, as ações de responsabilidade civil médica são complexas, impondo-se sempre uma análise atenta do caso concreto, principalmente em matéria de facto, sem nunca descurar as especificidades jurídicas!
17. Também a temática da responsabilidade médica por violação do consentimento informado é cada vez mais complexa, são vários os aspetos a considerar para aferir da responsabilidade do médico, indicados no texto da presente dissertação que, sendo comuns a toda a responsabilidade civil, neste domínio assume particular delicadeza axiológico-valorativa de profissionais que se dedicam a uma atividade altruísta e humanista. De notar, que um excesso de ações contra médicos, especialmente as infundadas ou improcedentes podem levar à *medicina defensiva*, fenómeno consistente em o médico requisitar sistematicamente uma bateria de exames e análises do paciente antes de iniciar o tratamento, com as previsíveis consequências que tal retardamento do diagnóstico ou procrastinação das medidas terapêuticas seguramente acarretará.

## **BIBLIOGRAFIA**

ABREU, Catarina Maria Pedro, As regras de obtenção do consentimento para intervenções médicas em menores. O significado da gillick competence e a possível adoção da figura em Portugal. Porto, 2012 - Dissertação de mestrado em Direito Criminal na Universidade Católica Portuguesa

ABREU, Luís Vasconcelos, “Responsabilidade médica: apresentação de uma tese” in *Revista de Direito Civil*, n. 94, ano 1, 2016

ALARCÃO, Rui de, *Direito das Obrigações*, Lições Policopiadas, Coimbra, 1983

ALBUQUERQUE, Aline, “Para uma ética em pesquisa fundada nos Direitos Humanos” in *Revista Bioética*, Volume 21, n. 93, 2013

ALEXANDRINO, José Melo, “Devia o direito à liberdade ser suspenso? – Resposta a Jorge Reis Novais” in *Observatório da Almedina*, disponível online: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/04/07/devia-o-direito-a-liberdade-ser-suspenso-resposta-a-jorge-reis-novais/>

ALMEIDA, Carlos Ferreira de; “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996

AMARAL, Diogo Freitas do; “Natureza da Responsabilidade Cível por Actos Médicos praticados em Estabelecimento Público de Saúde” in *Direito e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1991

ANTUNES, Alexandra, e NUNES, Rui, “Consentimento Informado na Prática Clínica”, in *Arquivos de Medicina*, Vol.13, n. 92, 1999

ANTUNES, João Lobo, “A Profissão de Médico” in *Memória de Nova Iorque e Outros Ensaíos*, Lisboa, Gradiva, 2003

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, Responsabilidade Cível por Violação dos Deveres de Tráfego, Almedina, 2015 – Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Cíveis na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Lições de Responsabilidade Civil*, Lisboa, Princípiã, 2017

BELTRÃO, Sílvia Romero; “O consentimento informado e a sua dinâmica na relação medico-paciente: natureza jurídica, estrutura e crise”, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, nº 2, 2015

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I – artigos 1.º a 107.º*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014

CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1981

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (CNECV),

-Do Parecer sobre a ratificação da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da biologia e da medicina. Parecer n.º 30/CNECV/2000, de 01 de fevereiro de 2000

-Do Parecer sobre os projetos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade. Parecer n.º 59, de 17 de dezembro de 2010

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, Volume II, Direito das Obrigações*, Tomo III: *Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*, Lisboa, Almedina, 2010

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2018

DIAS, João Álvaro,

- “Culpa médica: algumas ideias-força” in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 95, ano 4, 1995

- *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Studia Iuridica, 21, Coimbra, Coimbra Editora, 1996

DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Aranzado, 1996.

ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, Consentimento Informado- Relatório Final, 2009

FERNANDES, Diana Isabel Mota; “A Interdição e Inabilitação no Ordenamento Jurídico Português: Notas de enquadramento de direito material e breve reflexão face ao direito supranacional”, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015

FIDALGO, Sónia, “Internamento Compulsivo de doentes com tuberculose”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, nº2, ano 1, 2004

FIGUEIREDO, Guilherme (ORDEM DOS ADVOGADOS). Do Parecer à proposta de lei n.º 110/III: “Estabelece o regime do maior acompanhado, em substituição dos institutos da interdição e da inabilitação”. - Parecer de 07 de maio de 2018

GARCIA, M. Miguez e RIO, J.M. Castela, *Código Penal, Parte Geral e Especial*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2015

GASPAR, António Henriques, “A responsabilidade civil do médico”, in *Coletânea de Jurisprudência*, ano 3, 1978

GONÇALVES, Carla, *A Responsabilidade Civil Médica: um problema para além da culpa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008

JACQUEMOT, Armelle Giglio., “A Definição de urgência e emergência: critérios e limitações” in *Urgências e emergências em saúde, perspetivas de profissionais e usuários*, 2005, disponível online: <http://books.scielo.org/id/zt4fg/pdf/giglio-9788575413784-02.pdf>

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes,

- *Direito das Obrigações*, Volume I, *Introdução da Constituição das Obrigações*, 10ª Edição, Lisboa, Almedina, 2013

- *Perda de oportunidade como dano no direito português*, Responsabilidade Civil - 50 anos em Portugal - 15 anos no Brasil, Volume II, Coimbra, Edição Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra, 2018

MARTINEZ, Pedro Romano,

- Cumprimento Defeituoso em Especial na Compra e Venda e na Empreitada, Lisboa, 1992 (=Almedina), Coimbra, 1994, reimpressão, Almedina, 2001 - Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas

- *Responsabilidade civil por ato ou omissão do médico – Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Volume II, Coimbra, Almedina, 2001

- *Direito das Obrigações, Programa 2010/2011, Apontamentos*, 3ª Edição, Lisboa, AAFDL, 2011

MARTINS, Ana Maria Guerra, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Lisboa, Almedina, 2016

NOVAIS, Jorge Reis, “Estado de Emergência – Quatro notas jurídico-constitucionais sobre o Decreto Presidencial” in *Observatório da Almedina*, 2020, disponível online: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/19/estado-de-emergencia-quatro-notas-juridico-constitucionais-sobre-o-decreto-presidencial/>

NUNES, Rui, “Consentimento Informado”, in *Academia Nacional de Medicina*, disponível online: <http://www.academianacionalmedicina.pt/Backoffice/UserFiles/File/Documents/Consentimento%20Informado-RuiNunes.pdf>

OLIVEIRA, Guilherme,

- “Estrutura Jurídica do Ato Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médico”, in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999

- “O fim da arte silenciosa” in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999

PAZ, Margarida, “O Ministério Público e o novo regime do maior acompanhado”, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019

PEREIRA, André Gonçalo Dias,

- *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente – Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

- Direitos dos pacientes e responsabilidade médica. Coimbra, 2014 – Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico Civilísticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

- “Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexo de causalidade” in *Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região de Macau*, Macau, 2018

PEREIRA, Rui Soares,

- *A Responsabilidade por Danos Não Patrimoniais do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009

- O Nexo De Causalidade na Responsabilidade Delitual - Fundamento e Limites do Juízo de Condicionalidade, Coimbra, Almedina, 2017 – Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

QUINTANILHA, Alexandre, “Ensaio Clínicos-Contextualização abreviada e alguns desafios” in *Revista Portuguesa de Cirurgia*, n. 24, 2013, disponível online: <https://revista.spcir.com/index.php.spcir/article>

QUIROGA, Jacobo López Barja de, *Derecho Penal, Parte general II, Introducción a la teoría jurídica del delito*, Madrid, Marcial Pons, 2002

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes,

- *Responsabilidade Médica em Direito Penal – Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, Lisboa, Almedina, 2000

- “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, in *Direito e Justiça*, Volume XIV, Tomo III, 2000

- *Direito da Medicina I, Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002

- “Responsabilidade Civil por erro médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”  
in *Data Vénia*, n. 91, ano1, 2013

- “Testamento Vital (Living-will) – Visão de relance sobre aspetos ético-jurídicos de uma  
figura controversa” in *Data Vénia*, n. 93, ano 2, 2015

RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Ato Médico no Ordenamento  
Jurídico Português (Elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente)*,  
Coimbra, Coimbra Editora, 2001

SERRA, Adriano Vaz, “Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual”,  
in *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 985, 2004

SILVA, Paula Martinho da, *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada*,  
Lisboa, Edições Cosmos, 1997

SOUSA, Luís Filipe Pires de, “O ónus da prova na responsabilidade civil médica” in *Data  
Vénia*, n.º 8, ano 6, 2018

SOUSA, Miguel Teixeira de, *O concurso de Títulos de Aquisição da Prestação: Estudo  
sobre a Dogmática da Pretensão e do Concurso de Pretensões*, Coimbra, Almedina, 1988  
– Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da  
Universidade de Lisboa.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra  
Editora, 1995.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora,  
1997

TRIGO, Maria da Graça, *Adopção do conceito de “Dano Biológico” pelo Direito Português*,  
Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Vol. VI, Coimbra, Coimbra  
Editora, 2012

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10ª edição,  
Coimbra, Almedina, 2000

## ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

### **1. JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA**

#### **Supremo Tribunal de Justiça**

STJ 01-Jun-2003 (AZEVEDO RAMOS), responsabilidade civil/presunção de culpa/nexo de causalidade

STJ 09-Dez-2008 (MÁRIO CRUZ), responsabilidade hospitalar/taxas moderadoras/indeminização

STJ 15-Out-2009 (RODRIGUES DOS SANTOS), responsabilidade médica/responsabilidade contratual/contrato de prestação de serviços/culpa/nexo de causalidade/obrigação de meios e de resultados/legis artis/ ónus da prova

STJ 22-Set-2011 (BETTENCOURT DE FARIA), negligência médica, ilicitude, responsabilidade contratual/responsabilidade extracontratual

STJ 15-Dez-2011 (GREGÓRIO SILVA JESUS), responsabilidade médica/responsabilidade contratual/contrato de prestação de serviços

STJ 23-Fev-2012 (TÁVORA VITOR), responsabilidade extracontratual/responsabilidade contratual/ónus da prova

STJ 09-Out-2014 (JOÃO BERNARDO), ato médico/consentimento informado/dever de esclarecimento

STJ 02-Jun-2015 (MARIA CLARA SOTTOMAYOR), negligencia médica/responsabilidade contratual / obrigação de meios e de resultados/ cirurgia estética /consentimento informado/consentimento presumido/consentimento hipotético.

STJ 16-Jun-2015 (MÁRIO MENDES), responsabilidade médica/intervenção cirúrgica/consentimento/dever de informação/obrigação de meios e de resultados

STJ 29-Out-2015 (TOMÉ GOMES), responsabilidade médica/ato médico



STJ 22-Mar-2018 (MÁRIA DA GRAÇA TRIGO), responsabilidade médica/responsabilidade contratual e extracontratual/consentimento/obrigação de meios e de resultados/dever de esclarecimento prévio

### **Supremo Tribunal Administrativo**

STA 09-Jun-2011 (ADÉRITO SANTOS), responsabilidade civil extracontratual/ato médico/estabelecimento de saúde/estabelecimento público

STA 16-Jan-2014 (SÃO PEDRO), hospital público/presunção de culpa/responsabilidade por ato médico

### **Tribunal da Relação de Lisboa**

TRL 27-Nov-2018 (MICAELA SOUSA), ónus da prova/responsabilidade médica/deveres de informação

TRL 17-Set-2012 (TERESA ALBUQUERQUE), responsabilidade civil

TRL 06-Fev-2018 (CARLOS OLIVEIRA), responsabilidade médica/consentimento/dever de informar/ilicitude

### **Tribunal da Relação do Porto**

TRP 06-Fev-2002 (MARQUES SALGUEIRO), doença/saúde pública/perigosidade/medidas de segurança

TRP 03-Mai-2006 (ALICE SANTOS), exames/provas

TRP 09-Set-2019 (FERNANDA ALMEIDA), responsabilidade civil extracontratual, direito à identidade pessoal/direito ao bom nome

TRP 11-Set-2012 (MARIA CECÍLIA AGANTE), responsabilidade civil/ato médico

### **Tribunal da Relação de Coimbra**

TRC 19-Abr-2005 (MONTEIRO CASIMIRO), ação de indemnização/obrigação de meios e de resultados

TRC 07-Fev-2012 (ARTUR DIAS), maioridade/direitos/menoridade

TRC 11-Nov-2014 (JORGE ARCANJO), responsabilidade médica/dever de informar/consentimento informado/ónus da prova

TRC 11-Nov-2014 (MARIA JOÃO AREIAS), interdição/inabilitação/anomalia psíquica/incapacidade

TRC 17-Out-2017 (VITOR AMARAL), inabilitação/interdição/anomalia psíquica/facto constitutivo

### **Tribunal da Relação de Guimarães**

TRG 10-Jan-2019 (SANDRA MELO), responsabilidade civil médica/dever de informação/responsabilidade médica fundada na falta de consentimento livre e consciente do paciente/dano na saúde

## **2. JURPRISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL**

Acórdão Schlornforff vs. Society of New York Hospitals, 1914, Juiz: Benjamim Cardoso

Decisão da Sala 3.ª do Tribunal Supremo, de 04/04/2000.